

# Die völkerrechtliche Beurteilung des Irakkriegs im Lichte transatlantischer Rechtskulturunterschiede

Holger P. Hestermeyer\*

Die gemeinsame Weltsicht der Amerikaner und Europäer sei tot,<sup>1</sup> schreibt der Neokonservative Robert K a g a n angesichts des Irakkriegs. Wissenschaftler, Journalisten und Politiker versuchen sich ebenso wie Dutzende Verschwörungstheoretiker an der Begründung, warum die Amerikaner und die Europäer in der Sicherheitspolitik nunmehr getrennte Wege gehen. Zwei sich widersprechende Paradigmen treten dabei immer wieder in Erscheinung: Einige halten Amerika für den mächtigen Hegemon, der seine Interessen um jeden Preis und unter Bruch des Völkerrechts fördern will. Andere sehen in Amerika den gutmütigen Riesen, der in einer Welt voller gesetzloser Gefahren, in der h o b b e s ' s c h e n Realität, außerhalb des Rechts vorgehen müsse, um die Welt zu bewahren.

Dieser Beitrag bietet eine dritte These an, die keinen dieser beiden Wege beschreitet. Prämisse ist dabei das Selbstverständnis der Vereinigten Staaten als Verteidiger und letzte Bastion des Rechts.<sup>2</sup> Wird dieses Selbstverständnis ernst genommen, so liegt die Begründung des Konfliktes zumindest auch in einem tiefgreifend unterschiedlichen Verständnis des Völkerrechts dergestalt, dass derselbe Akt von der einen Seite als Verteidigung des Rechts, von der anderen als Rechtsbruch verstanden werden kann. Hier wird argumentiert, dass die unterschiedlichen Standpunkte zum Teil aus verschiedenen Rechtskulturen der Partner resultieren. Die flexiblere Handhabung von Regeln von Fall zu Fall, eine größere Skepsis gegenüber Normen, vor allem aber die explizite und gewollte Einbeziehung von politischen Erwägungen in juristische Argumentationen erlaubt den Vereinigten Staaten eine

---

\* LL.M. (Berkeley), attorney-at-law (New York), Doktorand am Institut. Ich danke Prof. Dr. Beyerlin, Prof. Dr. von Bogdandy, Prof. Dr. Wolfrum, Andy Grotto, Cristina Hoss, Dr. Karen Kaiser und Dr. Christian Walter für wertvolle Hinweise zu früheren Fassungen des Beitrags. Ebenso bedanke ich mich bei den Teilnehmern des Doktoranden-Meetings "Amerikanische Bilder" der Studienstiftung des deutschen Volkes in Wittenberg für die bereichernde Diskussion über meinen Vortrag zum gleichen Thema sowie bei Prof. Miller und Dr. Peer Zumbansen für die ausführlichen Gespräche über die Problematik.

<sup>1</sup> "It is time to stop pretending that Europeans and Americans share a common view of the world, or even that they occupy the same world." R. K a g a n, *Power and Weakness*, Policy Review 113 (June-July 2002), im Internet abrufbar unter <<http://www.policyreview.org/JUN02/kagan.html>> (Juni/Juli 2002). Auf Grund des überwältigenden Erfolgs des Aufsatzes veröffentlichte K a g a n seine Thesen auch als Monographie unter dem konzilianteren Titel "Vom Paradies und der Macht": R. K a g a n, *Of Paradise and Power. America and Europe in the New World Order*, 2003. Die deutschsprachige Ausgabe der Monographie richtet den Titel dagegen gänzlich auf Konfrontation aus: R. K a g a n, *Macht und Ohnmacht. Amerika gegen Europa in der neuen Weltordnung*, 2003.

<sup>2</sup> Auch K a g a n sieht Amerika als Verteidiger des Rechts, der Gewalt gegen Rechtsbrecher einsetzt (R. K a g a n, *Of Paradise and Power. America and Europe in the New World Order*, 2003, 75). Wenn Völkerrecht existiere – so stellt K a g a n die öffentliche Meinung in den USA dar –, dann nur, weil eine Macht wie die USA es mit Waffengewalt verteidige (*ibid.*, 95).

großzügigere Handhabung des Gewaltverbots und führt zu einer eingeschränkteren Bedeutung dogmatisch streng begründeter Auslegungen des Völkerrechts. Die strenge Normbezogenheit des kontinentaleuropäischen Rechtskreises, in der sich politisch geprägte Rechtsschulen nicht so stark durchsetzen konnten, verhindert demgegenüber eine Ausweitung des *ius ad bellum* und hebt den Wert einer systematischen Völkerrechtsordnung hervor. Dieser Erklärungsansatz bestätigt sich bei der Betrachtung der wissenschaftlichen Diskussion über den Irakkrieg.

## I. Hintergrund: Rechtskreise des *Civil* und *Common Law*

Eine Analyse des juristischen Streites über den Irakkrieg bedarf zunächst eines kurzen Hinweises auf die verschiedenen Rechtskreise, denen die beteiligten Nationen angehören.<sup>3</sup> Die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen (*Civil Law*) arbeiten im idealtypischen Fall mit Gesetzbüchern. Das Parlament fixiert die Gesetze (zumindest in Grundzügen), der Richter legt sie aus und wendet sie auf den Einzelfall an.<sup>4</sup> Dabei wird die Arbeit des Richters weitgehend als Interpretationsarbeit angesehen.<sup>5</sup> Die Norm wird interpretiert, der Lebenssachverhalt begrifflich zergliedert und in ein logisch ausgearbeitetes System eingeordnet.<sup>6</sup>

Bedingt durch das britische Kolonialreich gehören die USA, Australien und das Vereinigte Königreich bekanntlich zu einem anderen Rechtskreis: dem *Common Law*.<sup>7</sup> Das *Common Law* ist idealerweise Fallrecht.<sup>8</sup> Die Richter denken in Fall-

<sup>3</sup> Zur Einteilung der Rechtsordnungen in Rechtskreise s. K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. Band I: Grundlagen, 2. Aufl. 1984, 72 ff., die zugleich darauf hinweisen, dass eine solche Einteilung nie verabsolutiert werden darf, sondern je nach Materie Länder durchaus verschiedenen Kreisen zuzuordnen sein können. Zweigert/Kötz unterscheiden acht Rechtskreise, wobei die hier als *Civil Law* präsentierten Ordnungen in mehrere Kreise (romanischer und deutscher Rechtskreis) gegliedert werden. Dabei gestehen die Autoren den kontinentaleuropäischen Ordnungen aber durchaus gegenüber dem *Common Law* Gemeinsamkeiten zu. Eine Einteilung in *Civil Law* / *Common Law* nehmen u.a. vor J. H. Merryman, *The Civil Law Tradition. An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2. Aufl. 1985, I, P. de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, 2. Aufl. 1999, 26, R. Séroussi, *Introduction au droit comparé*, 2000, 2.

<sup>4</sup> Vgl. G. Grasman u. a., Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 2. Aufl. 1988, 155.

<sup>5</sup> Überspitzend Merryman (Anm. 3), 81 f.

<sup>6</sup> Zweigert/Kötz (Anm. 3), 211.

<sup>7</sup> Zur Ausbreitung des *Common Law* im britischen *Empire* s. M. Sheldon Amos, *The Common Law and the Civil Law in the British Commonwealth of Nations*, in: R. Pound (Hrsg.), *The Future of the Common Law*, Nachdruck 1965, 24; Zweigert/Kötz (Anm. 3), 254 ff. Im englischen Kolonialreich wurde das *Common Law* nur in Gebieten eingeführt, die zur Zeit der Besiedelung von Eingeborenen bewohnt oder unbewohnt waren. In Gebieten, die von anderen Kolonialmächten erobert oder von diesen abgetreten wurden, galt das bestehende Rechtssystem fort. S. *ibid.* Zum Rechtskreis des *Common Law* aus rechtsvergleichender Sicht s. Zweigert/Kötz (Anm. 3), 210 ff.; Grasman (Anm. 4), 431 ff.

<sup>8</sup> Grasman (Anm. 4), 480 f.; Zweigert/Kötz (Anm. 3), 299 ff., insb. 306 f. (freilich mit dem *caveat*, dass es sich hier um eine idealtypische Betrachtung handelt). *Common Law* bezeichnet nicht nur den anglo-amerikanischen Rechtskreis im Gegensatz zum kontinentaleuropäischen *Civil Law*,

gruppen, argumentieren für oder gegen die Anwendung bereits entschiedener Präzedenzfälle. Dabei geht es ihnen weniger als den kontinentaleuropäischen Rechtskreisen um ein logisch durchdrungenes, vollständiges System<sup>9</sup> und mehr um den zu entscheidenden Einzelfall, darum, welche Regel sich aus den Präzedenzfällen für diesen Fall ableiten lässt.<sup>10</sup> Der amerikanische Richter Oliver Wendell Holmes fasste dieses Charakteristikum in die berühmten Sätze:

“The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, institutions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men have a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.”<sup>11</sup>

Der Richter schafft also durch seine eigenen Urteile das Recht, die späteren Präzedenzfälle.<sup>12</sup> Steht ein neuer Fall zur Entscheidung an, so muss der Richter aus vergangenen Fällen, an die er – zumindest wenn die Entscheidungen von höheren Gerichten gefällt wurden – gebunden ist, einen tragenden Grund (*ratio decidendi*) bestimmen. Dieser tragende Grund ist bindend, wenn er auch den jetzt behandelten Sachverhalt erfasst.<sup>13</sup> Die Bestimmung der tragenden Gründe gegenüber nur nebenbei getroffenen Feststellungen (*obiter dicta*) und die Klärung der Frage, ob

---

sondern im engen Sinne auch das von den Richtern der königlichen Gerichte geschaffene Recht, das dem *Equity* gegenübersteht. Die Entstehung dieses Teils des Rechts ist instruktiv für die vorliegende Untersuchung. Die formalen Regeln des *Common Law* konnten im Einzelfall zu manifest ungerechten Ergebnissen führen, gegen die eine *Petition* beim *Court of Chancery* eingereicht werden konnte. Diese Institution konnte nun – entgegen den formellen Rechtsregeln – ein ihr gerecht erscheinendes Urteil durchsetzen. Im Laufe der Zeit verfestigten sich die Regeln des *Equity* zu Rechtsregeln, die nun in einem einheitlichen Gerichtssystem mit dem *Common Law* angewandt werden. S. P. F. Smith/S. H. Bailey, *The Modern English Legal System*, 1984, 3 ff.; A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8. Aufl. 1924, 376. Vgl. hiermit die deutsche Rechtsordnung, in dem für den gleichen Zweck ein durchnormiertes System zur Verfügung steht, nämlich die Verfassungsbeschwerde: C. Walter, *L'Équité en Droit Constitutionnel Allemand*, in: M.-L. Pavia, *L'Équité dans le Jugement*, 2003, 55 ff., instruktiv auch J.-P. Girard, *L'Équité dans les Jugements Administratifs*, in: M.-L. Pavia, *L'Équité dans le Jugement*, 2003, 73 ff., der vom Standpunkt des französischen Rechts die Hauptverantwortung für die Feststellung des *équitable* dem Gesetzgeber zuweist, der Richter habe die Normen anzuwenden, nicht selbst zu erfinden (*ibid.*, 74.).

<sup>9</sup> An dieser Stelle soll noch einmal betont werden, dass die vorliegende Charakterisierung der Rechtssysteme weit eher Tendenzen als absolute Wahrheiten aufzeigen soll. Auch im amerikanischen System wird durchaus, gerade in der akademischen Literatur, auf die Notwendigkeit eines kohärenten Systems hingewiesen.

<sup>10</sup> R. Pound, *What is the Common Law*, in: R. Pound (Hrsg.), *The Future of the Common Law*, 1965, 3, 17 ff. Pound bringt den Unterschied auf die Formel, die Stärke des *Common Law* sei die Behandlung der konkreten Kontroverse, die Stärke des *Civil Law* die logische Entwicklung abstrakter Konzepte. R. Pound, *The Spirit of the Common Law*, 1999, 2. Die Bemühung um Gerechtigkeit für den verhandelten Einzelfall bringt der berühmte englische Richter Lord Denning zum Ausdruck in: Denning, *The Discipline of Law*, 1979, 287 ff.

<sup>11</sup> O. W. Holmes Jr., *The Common Law*, 1949, 1. Eine deutsche Übersetzung ist erschienen als O. W. Holmes Jr. (Übersetzung R. Leonhard), *Das gemeine Recht Englands und Nordamerikas (The Common Law)*, 1912.

<sup>12</sup> B. N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, 113.

<sup>13</sup> Doktrin des *stare decisis*, vgl. R. B. Cappalli, *The American Common Law Method*, 1997, 9 ff.; P. F. Smith/S. H. Bailey (Anm. 8), 278 ff.

der zur Entscheidung stehende Fall dem Präzedenzfall ähnlich genug ist, um unter die *ratio* zu fallen, sind keinesfalls sichere Prozesse,<sup>14</sup> sondern stehen dem Einfluss von Wertungen offen.<sup>15</sup> Gerade in den Vereinigten Staaten hat sich dieser Einfluss so weit gefestigt, dass Erwägungen aus verschiedenen gesellschaftswissenschaftlichen Disziplinen ganz offen in die Argumentation einbezogen werden, worauf im Folgenden näher einzugehen ist.<sup>16</sup>

Die Unterscheidung der beiden Systeme hat nicht nur im Laufe der Zeit an Geltungskraft verloren, sie war schon immer stark überspitzend. *Common Law*-Systeme kennen umfangreiche Gesetzgebungsarbeit, *Civil Law*-Systeme berufen sich im Gegenzug bei der Fallentscheidung auf den wachsenden Korpus der bereits entschiedenen Fälle, die zwar theoretisch keine Bindungswirkung ausüben, faktisch aber durchaus eine solche Wirkung besitzen. Ganze Rechtsgebiete haben sich fast ausschließlich durch Richterrecht entwickelt.<sup>17</sup> Schließlich wirken selbstverständlich auch im kontinentaleuropäischen Recht Werturteile bei der Beurteilung von Sachverhalten mit. Doch noch heute prägt die Unterscheidung die Systeme. Der Anwender des *Common Law* schaut auf das Konkrete, nicht auf abstrakte Regeln. Er schreitet von Fall zu Fall und versucht im Einzelfall der Gerechtigkeit genüge zu tun. Fälle werden behandelt, wenn sie zur Entscheidung anstehen. Die Argumentation geht vom Einzelfall aus und gelangt von dort zu dem aus diesem abgeleiteten Prinzip. Der Anwender des *Civil Law* schaut auf eine Norm, eine abstrakte universelle Vorschrift, argumentiert mit dieser allgemeinen Regel und wendet sie rechtstechnisch an. Der Blick fällt von der vorgegebenen Regel auf den Einzelfall.<sup>18</sup> Der Einfluss von Werturteilen, von freierer und politischer Argumentation ist zwar in beiden Systemen auszumachen (im deutschen System unter dem Signum der teleologischen Auslegung), ihnen wird aber im *Common Law* mehr Raum gegeben. Dort wird ein solcher Einfluss auch offener eingestanden – schließlich geht es ja nicht um die Anwendung eines vorgefertigten Prinzips, sondern um Gerechtigkeit im zu entscheidenden Fall.

Insoweit die Unterschiede der Rechtssysteme eine Auswirkung auf die Argumentationsweise ihrer Vertreter haben, ließen sich drei unterschiedliche Verhaltensmuster erwarten: Zum einen wird ein in der *Common Law*-Tradition stehender Jurist stärker einzelfallbezogen, ein der *Civil Law*-Tradition nahestehender Jurist eher systematisierend und generalisierend argumentieren. Zweitens wird ein *Civil Law*-Jurist die Normanwendung stärker betonen, während der *Common Law*-Jurist zur Heranziehung von Präzedenzfällen neigen wird. Drittens kann von *Com-*

---

<sup>14</sup> S. Cappalli (Anm. 13), 11. G. Slapper/D. Kelly, Sourcebook On English Legal System, 1996, 55 ausführlich zu den Freiheiten, die das Präzedenzfallrecht den Richtern bietet: K. N. Llewellyn, The Common Law Tradition. Deciding Appeals, 1960, 62 ff. Zu dem Prozess der Findung der *ratio* s. T. Lundmark/J. Jones, Juristische Technik und Methodik des Common Law, 1998, 141 ff.; R. Cross, Precedent in English Law, 1961, 33 ff.

<sup>15</sup> Zweigert/Kötz (Anm. 3), 300, 301.

<sup>16</sup> *Infra*, III.

<sup>17</sup> Zweigert/Kötz (Anm. 3), 312 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Zweigert/Kötz (Anm. 3), 304 ff.

*mon Law*-Juristen eine freiere Argumentation erwartet werden als von seinen *Civil Law*-Kollegen. Allerdings erscheint die Behauptung solcher unterschiedlicher Verhaltensmuster allein anhand der Unterschiede der Rechtskreise als gewagt. Schließlich sind sich *Common Law* und *Civil Law* sehr viel ähnlicher als vor langer Zeit angenommen. Allerdings dienten die Traditionen und Eigenarten des *Common Law* als Nährboden für weitere Entwicklungen in den USA, die nach der hier vertretenen Ansicht durchaus zu einer Erklärung bestehender Meinungsunterschiede beitragen. Vor allem auf zwei Entwicklungen soll dabei eingegangen werden: zunächst auf die in den USA wohl einflussreichste Methodik juristischer Ausbildung, die sokratische Methode, sodann auf wichtige Entwicklungen der amerikanischen Rechtstheorie, die die amerikanische Argumentation stark prägen.

## II. Socratic Method

Zunächst ist der prägende Einfluss der Juristenausbildung zu nennen. In Kontinentaleuropa wird besonderer Wert auf die Norm gelegt. Die Norm wird ausgelegt und das Auslegungsergebnis anhand von Einzelfällen verdeutlicht. Wegen der in Deutschland und Frankreich gegebenen Größe der Lehrveranstaltungen<sup>19</sup> findet dabei in der Regel kaum eine Diskussion statt. Der Schwerpunkt einer Vorlesung liegt meist auf der Auslegung der Norm. Wenig Wert wird dabei oft auf die Frage gelegt, ob die Norm angemessen ist – diese Frage zu klären, gilt in der Regel als Aufgabe der Politik. Grund hierfür ist, dass die in den Vorlesungen behandelte Norm meist vom Gesetzgeber vorgegeben ist, so dass insoweit tiefergehender Zweifel an der Norm nicht als angebracht erscheint. Das bedeutet nicht, dass die Behandlung des Stoffes unkritisch erfolgt. Da es aber vornehmlich um die korrekte Anwendung einer Norm geht, treffen Zweifel eher die Frage, ob die Gerichte die Norm zutreffend ausgelegt haben. Insoweit wird also der Wert der Rechtssicherheit betont, der Wert einer vorgegebenen Norm, die über ernste Zweifel erhaben ist. Nur in Ausnahmefällen (abgesehen von der Frage ihrer Verfassungsgemäßheit) wird eine Norm in Zweifel gezogen. Der Student verlässt die Vorlesung dementsprechend meist mit dem sicheren Gefühl, zumindest eine Vielzahl von Fällen sicher lösen zu können.

In den USA findet die Juristenausbildung „am Fall“ statt.<sup>20</sup> Grundlage der Ausbildung sind *Casebooks*, Fallsammlungen, die vom Studenten durchzuarbeiten sind.<sup>21</sup> Dies gilt auch, wenn die zu behandelnde Materie gesetzlich geregelt ist. Ge-

---

<sup>19</sup> S. Modell einer Reform der universitären Juristenausbildung – Die Erneuerung der universitären Juristenausbildung tut not! – Forderungen zur Neugestaltung von Ausbildung und Prüfung mit Modell eines Studienplanes, NJW 1998, 2797, 2798.

<sup>20</sup> *Case method*, siehe Anthony Kronman, The Socratic Method and the Development of the Moral Imagination, 31 U. Tol. L. Rev. 647 (2000).

<sup>21</sup> Die Methode wird beschrieben in Karl N. Llewellyn, The Current Crisis in Legal Education, 1 J. Legal Educ. 211 (1948). Eine Beschreibung des Lebens an der Harvard Law School enthält Scott Turow, One L: The Turbulent True Story of a First Year at Harvard Law School, 1997.

setzliche Regelungen werden nicht mittels der Lektüre von Lehrbüchern, die sich mit der Auslegung der Gesetze beschäftigen, studiert, sondern ebenfalls anhand von Beispielfällen. Juristische Vorlesungen beruhen dabei im Idealfall auf der so genannten *Socratic Method*.<sup>22</sup> Der Student wird gebeten, den Fall zusammenzufassen und aus ihm ein rechtliches Prinzip zu extrahieren. In weiteren Fragen erprobt der Lehrende dann das Argumentationsgeschick des Studenten: Der Fall wird modifiziert und es wird gefragt, ob das Prinzip auch diesen Fall erfasse und ob das richtige Prinzip aus dem gelesenen Fall extrahiert worden sei.<sup>23</sup> Ist der Lehrende geschickt, wird er dabei die Grenze der extrahierten *ratio* sorgfältig untersuchen lassen, bis der Student am Ende eingestehen muss, dass sein Prinzip zu nicht haltbaren Ergebnissen führen kann, und er sodann ein modifiziertes, anderes Prinzip extrahiert.<sup>24</sup> Auch dieses Prinzip kann jedoch vom Lehrenden *ad absurdum* geführt werden. Auf diese Weise erlernt der Student die notwendigen argumentativen Fähigkeiten für die Ableitung und die Anwendung von Prinzipien aus Präzedenzfällen.<sup>25</sup> Der Student verlässt die Vorlesung meist mit dem Gefühl, dass keine Norm alle Fälle angemessen regeln kann, und mit profunden Zweifeln, ob die Lösung einer jeden Frage nicht mit ebenso überzeugenden Gegenargumenten anders hätte ausfallen können.<sup>26</sup> Da das Richterrecht und seine Durchsetzung im Vordergrund des Interesses stehen, stellt sich für den Lernenden die Frage, ob Recht ohne Richter und ohne zwingende Durchsetzung überhaupt Recht darstellt, dringlicher als in einem normorientiert lehrenden System.<sup>27</sup>

Aufgrund der Unterschiede im Ausbildungssystem sind, so soll hier argumentiert werden, unterschiedliche Argumentationsweisen in der Völkerrechtslehre und -anwendung zu erwarten. Insbesondere betrifft dies den Umgang mit Normen:

<sup>22</sup> In der Literatur erfolgt häufig keine saubere begriffliche Trennung zwischen "Fallmethode", die sich auf die Ausrichtung der Lehre an Fällen bezieht, und "sokratischer Methode", der Lehrmethode, die den Stoff in einem Frage-Antwort Spiel aufbereitet. Zur Verankerung der sokratischen Methode in Platons Werk siehe Peter M. Cicchino, *Love and the Socratic Method*, 50 Am. U. L. Rev. 533 (2001). Die Verwendung der sokratischen Lehrmethode an amerikanischen *Law Schools* geht zurück auf Christopher Columbus Langdell, der in der zweiten Hälfte des 19. Jhd. an der Harvard Law School unterrichtete, siehe Russell L. Weaver, *Langdell's Legacy: Living with the Case Method*, 36 Vill. L. Rev. 517 (1991). Die Sokratische Methode war nie unumstritten und wird heute in der Reinform nur selten genutzt, bleibt aber in modifizierter Form die gängigste Methode in der amerikanischen Ausbildung, siehe Orin S. Kerr, *The Decline of the Socratic Method at Harvard*, 78 Neb. L. Rev. 113 (1999).

<sup>23</sup> Dabei zeigen sich die Lehrenden auch den Urteilen gegenüber äußerst kritisch, siehe Kronman (Anm. 22), 647.

<sup>24</sup> Llewellyn (Anm. 21), 212 f. Dieser Prozess wird dadurch erleichtert, dass die Fallmethode Recht fast ausschließlich anhand schwieriger Probleme lehrt, siehe Kronman (Anm. 20), 648.

<sup>25</sup> So Kronman (Anm. 20), 648.

<sup>26</sup> Kronman beschreibt diesen Prozess als "*losing one's soul*", sieht aber auch dessen Vorteil, nämlich die Entwicklung von Toleranz gegenüber der Position des anderen. Ein Abrutschen in die Willkür wird seiner Ansicht nach verhindert durch die Betonung der Notwendigkeit einer vernünftigen Argumentation. Kronman (Anm. 20), 650, 652.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu die zentrale Aussage Oliver Wendell Holmes: "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.", O. W. Holmes, *The Path of the Law*, in: D. M. Adams, *Philosophical Problems in the Law*, 3. Aufl. 1999, 80, 82.

Amerikanische Rechtsanwender müssten eher zu einer Kritik an der Norm und – gerade auch im Völkerrecht – zu Zweifeln an der Verbindlichkeit der Norm neigen. Kontinentaleuropäische Rechtsanwender hingegen müssten vornehmlich die Befriedungsfunktion und den Wert der Norm im Blick haben und an einmal gewonnenen Auslegungsergebnissen festhalten wollen.

### III. *Legal Realism – Law and Politics*

Für das Verständnis der Differenzen im amerikanischen und europäischen Rechtsdenken von essentieller Bedeutung sind die neueren amerikanischen rechtstheoretischen Schulen, die in den Vereinigten Staaten eine große Anhängerschaft gefunden haben. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass im *Common Law* offener argumentiert wird und durch das Fortschreiten von Fall zu Fall und die in jedem Fall erst zu ermittelnde und zu präzisierende Norm, also eine offenere quasi-gesetzgeberische Vorgehensweise, ein klareres Einfallstor für eine Reihe von Wertungen entsteht.<sup>28</sup> Einen entscheidenden Einschnitt für die amerikanische Rechtstheorie stellt das Ende des 19. Jahrhunderts dar, als der amerikanische Richter Oliver Wendell Holmes das Primat der Logik im Recht bezweifelte und statt dessen auf Pragmatismus setzte. Recht beruhe auf Erfahrungen, nicht Logik.<sup>29</sup> Recht sei, was die Gerichte für Recht hielten.<sup>30</sup> Logik stelle nur die äußere Form der Entscheidung dar, während in der Realität häufig soziologische Erwägungen den Ausschlag gäben.<sup>31</sup> Holmes forderte von Richtern, solche Erwägungen ausdrücklicher in ihre Argumentation einzubeziehen.<sup>32</sup> Dieser Einschnitt trennt die Vereinigten Staaten von dem Mutterland ihres Rechts England. Beobachter erklären die Trennung mit drei Faktoren: der Möglichkeit des *Supreme Court*, Gesetze für ungültig zu erklären und Sachverhalte zu klären, die eigentlich politischer Natur sind; der Möglichkeit unterschiedlicher Entscheidungen in verschiedenen Staaten und der geringeren Bindungswirkung von Präzedenzfällen in den USA.<sup>33</sup> Roscoe Pound kam Holmes' Forderung nach und entwickelte die Rechtsschule der *sociological jurisprudence*, die sich für die soziale Wirklichkeit und nicht für die abstrakte Rechtsregel interessiert. Der Richter habe als *social engineer* die sozialen Interessen – soziologisch, ökonomisch und politisch – in den Entscheidungsprozess einzubeziehen.<sup>34</sup> Auch die Schule des *legal realism*, die zwischen den beiden Welt-

---

<sup>28</sup> *Supra*, I.

<sup>29</sup> O. W. Holmes Jr. (Anm. 11), 1.

<sup>30</sup> Holmes (Anm. 27).

<sup>31</sup> *Ibid.*, 85 f.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 2001, 802; J. M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, 2001, 366 f.; vgl. D. Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, 1997, 78 ff.

<sup>34</sup> Vgl. Zweigert/Kötz (Anm. 3), 285 f.; N. Reich, *Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas*, 1967, 55 ff.

kriegen in Amerika wirkte,<sup>35</sup> fußt auf Holmes. Kennzeichnend für sie ist die Skepsis gegenüber abstrakten Regeln, zu der Zweifel an der Ermittelbarkeit des wirklichen Sachverhalts hinzutreten. Recht sei nicht die Beschreibung, wie Richter handeln sollten, sondern die Beschreibung, wie sie tatsächlich handeln.<sup>36</sup> Die Rechtsdogmatik selbst sei angesichts der Fülle von Methoden zur Interpretation von Präzedenzfällen und der Unsicherheiten bei der Bestimmung der Fakten durch den Richter eher Material zur Rationalisierung des vorher auf anderem Wege, nämlich durch den sozialen Kontext, die persönlichen Vorlieben der Richter und andere Faktoren, gefundenen Urteils.<sup>37</sup> Die Aufgabe des Richters sei es, sich vom Selbstbetrug des Mythos der reinen Rechtsanwendung zu befreien.<sup>38</sup> Unter dem Einfluss des zweiten Weltkriegs und als konsequente Schlussfolgerung aus dem *legal realism* zog Myers McDougal den konsequenten Schluss, dass die Juristenausbildung eine politische Ausbildung, eine Ausbildung zum *policy-making* sein müsse, in der demokratische Werte vermittelt werden. Als Berater müssten sich Juristen für diese Werte einsetzen.<sup>39</sup> Auch wenn der *legal realism* mit dem Zweiten Weltkrieg endete, gewann er in den USA doch einen kaum zu überschätzenden Einfluss.<sup>40</sup> Noch heute wirkt die Skepsis gegenüber abstrakten Regeln in den USA fort und reißt einige Kommentatoren zu dem Satz "Wir sind jetzt alle *realists*." hin.<sup>41</sup> Der Einfluss der auch als *American Realism* bezeichneten Schule über die Grenzen der USA hinaus ist erheblich kleiner geblieben. Die deutsche Freirechtsschule, die am Anfang des 20. Jahrhunderts gegen die Begriffsjurisprudenz und für eine freiere Argumentation des Richters eintrat und als Vorläuferin des *legal realism* gilt, endete im Wesentlichen mit der Katastrophe des Dritten Reiches.<sup>42</sup> Auch in Großbritannien erlangte der *legal realism* keinen vergleichbaren Stellenwert. So schrieb H.L.A. Hart, damals Professor in Oxford, dass die Skepsis gegenüber Regeln unangebracht sei, da sie einerseits eben doch als Regeln für Sozialverhalten und nicht nur als Vorhersage des Verhaltens von Gerichten genutzt würden<sup>43</sup> und andererseits die große Masse der Fälle doch mit Bestimmtheit regelten und nur in Grenzfällen für Bewertungen und Entscheidungen der Richter offen stünden.<sup>44</sup> Die Rechtstheorie

<sup>35</sup> Vgl. W. W. Fisher III u.a. (Hrsg.), *American Legal Realism*, 1993, xi ff.

<sup>36</sup> K. N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, in: W. W. Fisher III u.a. (Hrsg.), *American Legal Realism*, 1993, 53, 55 f.

<sup>37</sup> Zweigert/Kötz (Anm. 3), 287; Llewellyn (Anm. 14), 62 ff.; J. Frank, *Law and the Modern Mind*, 1949, 100 ff. Franck betont die Unsicherheiten bei der Sachverhaltsermittlung und den Einfluss von Bewertungen des Richters in diesem Stadium (z.B. bzgl. der Glaubwürdigkeit von Zeugen), *ibid.*, ix; zu seinen Forderungen bezüglich einer praktischeren Juristenausbildung vgl. L. Kalman, *Legal Realism at Yale 1927-1960*, 1986, 164 ff.

<sup>38</sup> Franck (Anm. 37), 121.

<sup>39</sup> Vgl. Kalman (Anm. 37), 178 f.; H. D. Lasswell/M. S. McDougal, *Legal Education and Public Policy: Professional Training in the Public Interest*, 52 *Yale L. J.* 203, 205, 207-209 (1943).

<sup>40</sup> Zweigert/Kötz (Anm. 3), 287.

<sup>41</sup> Vgl. Fisher (Anm. 35), xiv f.; Freeman (Anm. 33), 811 f., auch zu der Kritik der *legal realism* sei "gescheitert".

<sup>42</sup> Vgl. J. M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, 2001, 359 ff.

<sup>43</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, 137 f.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 127 f.

in den USA entwickelte sich jedoch teilweise unter Einbeziehung einiger der Thesen des *legal realism* fort: Da die Möglichkeit einer rechtsdogmatischen Lösung rechtlicher Konflikte in Frage gestellt worden war, musste die Lücke durch die Heranziehung anderer Wertungen interdisziplinärer Art geschlossen werden. Politikwissenschaftliche Erwägungen spielen hier ebenso eine Rolle wie soziologische Analysen.<sup>45</sup> Den größten Einfluss jedoch gewann die ökonomische Analyse des Rechts (*law and economics*), die vor allem in den 1970er Jahren von Richard A. Posner vorangetrieben wurde.<sup>46</sup> *Law and Economics* propagiert nicht nur eine Evaluation, sondern auch eine Interpretation juristischer Regeln und Schaffung juristischer Regeln im Sinne der Herstellung ökonomischer Effizienz.<sup>47</sup> Die Schule ist heute an jeder guten amerikanischen *Law School* vertreten und wird von vielen Richtern in ihren Urteilen explizit nutzbar gemacht.<sup>48</sup> Weniger einflussreich, aber gerade in progressiven Kreisen weit verbreitet ist die Bewegung der *Critical Legal Studies*, die stark radikalisiert auf dem *legal realism* aufbaut und in den 1970er und 1980er Jahren an der *Harvard Law School* geboren wurde. Für sie können Recht und Politik nicht getrennt werden; Recht sei keine objektive Ordnung, sondern zu meist ein Schutz des *status quo*.<sup>49</sup>

Auch im Völkerrecht bildeten sich Schulen, die besonders in den Vereinigten Staaten Einfluss gewonnen haben. Realisten wie Hans Morgenthau zweifelten daran, dass dem Völkerrecht eine Rolle zur Lenkung des Verhaltens der Staaten auch dann zukommen könne, wenn das Völkerrecht die Macht eines Staates einschränke oder den Interessen des Staates nicht entspreche.<sup>50</sup> Morgenthau, ein Emigrant aus Deutschland, gilt als einer der Begründer der akademischen Disziplin der *international relations*, die die internationalen Beziehungen wissenschaftlich erforscht. Sie wird auch heute noch weitgehend als anglo-amerikanische Wissenschaft angesehen.<sup>51</sup> Die Frage, ob das Völkerrecht Einfluss auf das Verhalten von

---

<sup>45</sup> Zweigert/Kötz (Anm. 3), 288.

<sup>46</sup> Vgl. R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 1972. Kelly (Anm. 42), 436 ff. Wie in jeder Anmerkung über die ökonomische Analyse des Rechts soll auch hier nicht der Hinweis auf den Richter Learned Hand fehlen, der in den USA großes Ansehen genießt – und dies nicht nur wegen seines ausgesprochen klangvollen Namens. Schon in den 40er Jahren wandte er eine ökonomische Definition von Fahrlässigkeit in *United States v. Carroll Towing Co.* an. *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2nd Cir. 1947).

<sup>47</sup> Vgl. R. Cooter/T. Ulen, *Law and Economics*, 2. Aufl. 1997, 3 ff.; G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*, 1995, 83 ff.

<sup>48</sup> Cooter/Ulen (Anm. 47), 2 f. Die wohl bekanntesten von Cooter genannten Richter sind Breyer, Posner, Easterbrook, Kozinsky.

<sup>49</sup> Kelly (Anm. 42), 432 ff. Vgl. D. Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, 1997, 28 f.

<sup>50</sup> Vgl. J. C. Barker, *International Law and International Relations*, 2000, 70 ff.; H. J. Morgenthau, *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, 2. Aufl. 1954, 271 f. Es sei darauf hingewiesen, dass es sich hier um den Realismus in der Disziplin der Internationalen Beziehungen und nicht um den *legal realism* handelt.

<sup>51</sup> S. M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, 2002, 465 ff. Vgl. auch M. S. McDougal/W. M. Reisman/A. R. Willard, *The world process of effective power. The global war system*, in: M. S. McDougal/W. M. Reisman (Hrsg.), *Power and Policy in Quest of Law. Essays in Honor of Eugene Victor Rostow*, 1985, 353.

Staaten hat, war ein wichtiger Ausgangspunkt für eine neue Tendenz in der amerikanischen Völkerrechtswissenschaft, die *International Law* und *International Relations* kombiniert.<sup>52</sup> Sie will die Methoden und Ergebnisse der internationalen Politik für das Völkerrecht fruchtbar machen.<sup>53</sup> Eines dieser Ergebnisse ist nach Anne-Marie Slaughter, dass sich das Verhalten liberaler Demokratien und dasjenige anderer Staaten unterscheide – namentlich dass liberale Demokratien untereinander weniger Kriege führten, woraus sich langfristig eine unterschiedliche Behandlung solcher Staaten im Völkerrecht ergeben könne.<sup>54</sup>

Selbstverständlich sind hier nicht alle, nicht einmal alle bedeutenden Strömungen wiedergegeben, die Darstellung beschränkt sich vielmehr auf das trennende Element zwischen Europa und den USA. Bei der immensen Heterogenität der wissenschaftlichen Ansichten in den USA und in Europa fällt es schwer, Ansichten als “typisch amerikanisch” oder “typisch europäisch” zu bezeichnen. Dies wird zusätzlich erschwert durch eine breite Rezeption wissenschaftlicher Forschung und den Wissenschaftlertausch über den Atlantik hinweg. Trotzdem lassen sich Tendenzen und Charakteristika herausarbeiten. So können gerade *legal realism* und die darauf aufbauenden interdisziplinären Richtungen, die Recht, Politik und Wirtschaft kombinieren, als Spezifikum der USA gegenüber Europa (auch gegenüber Großbritannien) verstanden werden. Eine ähnliche These vertritt Duncan Kennedy, der in dem kritischen Erbe und der daraus folgenden häufigen Benutzung von *policy*-Argumenten, unter denen er nicht deduktive Argumente versteht, den entscheidenden Unterschied zwischen amerikanischen und europäischen (auch britischen) Juristen sieht.<sup>55</sup> Es soll hier noch einmal betont werden, dass die in den USA betriebene interdisziplinäre Forschung sicherlich reale Phänomene im Recht besser erklären kann als ein auf klassisch juristische Überlegungen beschränkter Standpunkt. Sie geht jedoch in vielen Fällen über die Bereitstellung methodischer Werkzeuge zur deskriptiven Analyse hinaus und stellt Handlungsaufforderungen

---

Dabei darf – anhand der Protagonisten – durchaus davon ausgegangen werden, dass die Disziplin mehr amerikanisch als britisch ist.

<sup>52</sup> Die Frage wird ebenfalls mit der Methodik der ökonomischen Analyse des Rechts bearbeitet: A. T. Guzman, *A Compliance-Based Theory of International Law*, 90 Cal. L. Rev. 1823 (2002).

<sup>53</sup> Hervorragende Übersichten über die Entwicklung der gegenseitigen Befruchtung von Politikwissenschaft und Völkerrecht bieten A.-M. Slaughter, *International Law and International Relations*, 285 RdC 9, 21 f. (2000 - I) und A.-M. Slaughter Burley, *International Law and International Relations Theory: A Dual Agenda*, 87 Am. J. Int'l L. 205 (1993). Vgl. A.-M. Slaughter, *An International Relations Approach*, 95 AJIL 25 (2001).

<sup>54</sup> A.-M. Slaughter, *International Law in a World of Liberal States*, 6 EJIL 503, 504, 537 (1995).

<sup>55</sup> Kennedy (Anm. 33) 73 ff., 108 f. Kennedy wird kritisiert in M. de S.-O.-l'E. Lasser, *Do Judges Deploy Policy?*, 22 Cardozo Law Review 863 (2001). Lasser weist darauf hin, dass *policy arguments* auch in Europa gängig seien und dass Kennedy zum Teil explizit auf Amerikas Überlegenheit hinweisen wolle. Allerdings beschreiben sowohl Kennedy als auch Lasser das Verhalten von Gerichten, nicht die akademische Diskussion. Für diese lässt sich sehr wohl die Behauptung aufstellen, das amerikanische System verhalte sich anders als das europäische und beziehe, zum Teil gar kämpferisch, politische Bewertungen stärker in rechtliche Kontexte ein. Die im sonstigen Recht erfolgende normative Einbindung der Diskussion durch die Rechtsprechung – die auch in den Vereinigten Staaten normbezogen agiert – fehlt im Völkerrecht weitgehend.

an den Rechtsanwender auf. Analytisch lassen sich diese beiden Aspekte ohnehin nicht immer klar trennen. Wenn sich bei einer empirischen Untersuchung herausstellt, dass bei Entscheidungen von Fragen nationaler Sicherheit Völkerrecht weniger beachtet wird als bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen – muss dann nicht ein besorgter Politiker bei der Entscheidung solcher Fragen eher bereit sein, Völkerrecht zu brechen?

Auch die skeptische Betrachtung des Rechtsbegriffs durch den *legal realism* fördert eine skeptische Haltung gegenüber dem Völkerrecht. Wenn Recht auf die Summe aller durchsetzbaren Gerichtsentscheidungen oder die Vorhersage einer Gerichtsentscheidung reduziert wird, ist dann Völkerrecht insoweit nicht existent, als sich kein Gericht des Falls annehmen kann oder eine Gerichtsentscheidung nicht durchsetzbar ist? In den USA lassen sich mehr Rechtswissenschaftler finden, die diese Fragen positiv beantworten, als in Europa.

Insgesamt lassen gerade diese unterschiedlichen theoretischen Ausrichtungen unterschiedliche Argumentationen von Europäern und Amerikanern vermuten. Zunächst müssten sich auf amerikanischer Seite verstärkt politische Argumente, unter Umständen gar ein Primat der Politik feststellen lassen, im Gegensatz zum stärker normbezogen und deduktiv argumentierenden Europa. Auch kann unter Umständen in den Vereinigten Staaten eine kritischere Einstellung gegenüber der Einordnung des Völkerrechts als Recht bemerkt werden.

#### IV. Zwischenergebnis

Aufgrund der dargestellten Unterschiede wird ein amerikanischer Rechtsanwender eher zu einer flexibleren Auslegung von Normen neigen als ein europäischer. Dabei wird er politischen Erwägungen – wie dem Entstehen für demokratische Werte – eine größere Bedeutung einräumen und unter Umständen, beeinflusst vom *legal realism*, eine skeptische Einstellung gegenüber nicht gerichtlich durchsetzbaren Regeln haben. Ein kontinentaleuropäischer Rechtsanwender hingegen wird im Zweifel die Regel auslegen und auf den Einzelfall anwenden. Dabei wird er zwar gegebenenfalls auf die praktische Nichtdurchsetzbarkeit der Regel mangels eines hierfür zuständigen Gerichts oder wegen einer etwaigen Blockade im Sicherheitsrat hinweisen; die praktische Nichtdurchsetzbarkeit behandelt er aber analytisch und logisch getrennt von der Regel und ihrer Aussage.

Die soeben anhand abstrakter Erwägungen gewonnenen Erkenntnisse können helfen, die Meinungsverschiedenheiten zwischen Kontinentaleuropa und den Vereinigten Staaten über den Irakkrieg zu erklären: die Vereinigten Staaten zeigten eine größere Neigung, die Norm des Gewaltverbots großzügig auszulegen oder gar zu missachten, als Kontinentaleuropa. Keineswegs bestritten wird, dass auch andere Faktoren für den Konflikt kausal geworden sind. Die hier aufgezeigten Unterschiede in der Rechtskultur wurden bislang jedoch bei der Diskussion allzu sehr vernachlässigt.

## V. Die Diskussion um den Irak-Krieg

Zu prüfen bleibt, ob sich die bisher nur abstrakt abgeleiteten unterschiedlichen Argumentationsweisen in den Vereinigten Staaten und Europa tatsächlich in der Diskussion über die Zulässigkeit des Irakkriegs niedergeschlagen haben. Die ausgewertete wissenschaftliche Literatur umfasst dabei primär die ersten markanten Stellungnahmen zum Irakkrieg aus den Vereinigten Staaten, Deutschland und dem Vereinigten Königreich. Ausnahmsweise wurden auch frühere, jedoch in der Diskussion besonders einflussreiche Beiträge zum Gewaltverbot erfasst. Auf einige spätere Beiträge wird in den Fußnoten verwiesen.<sup>56</sup> Zum besseren Verständnis der Diskussion sollen jedoch erst einmal die völkerrechtlichen Grundlagen der Debatte geklärt werden.

Grundsätzlich verbietet Art. 2 Nr. 4 der VN-Charta die Androhung oder Anwendung von militärischer Gewalt gegen andere Staaten.<sup>57</sup> Nach den Erörterungen des IGH im *Nicaragua*-Fall gilt das Gewaltverbot auch gewohnheitsrechtlich.<sup>58</sup> Eine Ausnahme vom Gewaltverbot stellt das Selbstverteidigungsrecht dar, das in Art. 51 der VN-Charta normiert ist und nach dem Wortlaut einen "bewaffneten Angriff" gegen den handelnden Staat voraussetzt.<sup>59</sup> Ebenso ist Gewalt zulässig als Zwangsmaßnahme der Vereinten Nationen nach Kapitel VII der VN-Charta. Dies setzt einen Beschluss des Sicherheitsrats voraus, der zunächst eine Friedensbedrohung feststellt (Art. 39 VN-Charta) und sodann Maßnahmen nach Art. 41, 42 VN-Charta beschließen kann, wobei Art. 42 militärische Gewaltmaßnahmen vorsieht.<sup>60</sup> Ob eine weitere, gewohnheitsrechtliche, Ausnahme zum Gewaltverbot besteht, die etwa eine humanitäre Intervention erlaubt, ist streitig.<sup>61</sup> Zur Rechtferti-

<sup>56</sup> Die Literatursammlung wurde zum größten Teil vor Juli 2003 abgeschlossen, nachträglich jedoch in den Fußnoten aktualisiert.

<sup>57</sup> Siehe hierzu O. Kimminich/S. Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 7. Aufl. 2000, 252 ff.; K. Doehring, Völkerrecht, 1999, Rdn. 456; Fischer, in: K. Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, 931 ff.; M. N. Shaw, International Law, 4. Aufl. 1997, 781 ff.; A. Randelzhofer, in: B. Simma u.a. (Hrsg.), Charta der Vereinten Nationen. Kommentar, 1991, Art. 2 Ziff. 4.

<sup>58</sup> ICJ, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* – Merits –, 27.6.1986, ICJ Reports 1986, 14, 88 ff.; vgl. Fischer, in: K. Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, 943 f.; a.A. A. D'Amato, *Trashing Customary International Law*, 81 AJIL 101, 104 f. (1987) (mit der Ansicht, nachfolgende Staatenpraxis habe den gewohnheitsrechtlichen Gehalt des Gewaltverbots geändert); T.M. Franck, *Some Observations on the ICJ's Procedural and Substantive Innovations*, 81 AJIL 116, 119 (1987) (mit dem Hinweis auf mangelnde Staatenpraxis für die Entstehung eines gewohnheitsrechtlichen Gewaltverbots); J. Delbrück/R. Wolfrum, Völkerrecht. Begründet von Georg Dahm. Band I/3, Die Formen des völkerrechtlichen Handelns; Die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft, (2002), 822.

<sup>59</sup> Vgl. zu der Frage eines gewohnheitsrechtlichen Selbstverteidigungsrechts C. Gray, *International Law and the Use of Force*, 2000, 86 f.; Delbrück/Wolfrum (Anm. 58), 821.

<sup>60</sup> Vgl. Doehring (Anm. 57), Rdn. 461 ff.; P.-M. Dupuy, *Droit international public*, 5. Aufl. 2000, Rdn. 552; A. Randelzhofer, in: B. Simma u.a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2. Aufl. 2002, Art. 2(4) Rdn. 39 ff.

<sup>61</sup> S. Delbrück/Wolfrum (Anm. 58), 826 ff. (ablehnend bezüglich der Existenz einer solchen Ausnahme); Ipsen (Anm. 57), 942 ff. (sympatisierend mit der Ansicht einer im Entstehen begriffenen gewohnheitsrechtlichen Norm, die eine humanitäre Intervention in besonders schweren Fällen von

gung des Irakkrieges wurden in der Literatur zwei der Ausnahmen vom Gewaltverbot diskutiert: die Selbstverteidigung und eine Ermächtigung des Sicherheitsrates.<sup>62</sup> Das Argument der Selbstverteidigung stützt sich auf das Konzept der präventiven Selbstverteidigung (*anticipatory self-defense*), demzufolge dem bedrohten Staat das Abwarten eines Angriffes nicht zumutbar ist. Ausgangspunkt der Argumentation ist der *Caroline*-Fall aus dem Jahr 1837, in dem der damalige Außenminister der Vereinigten Staaten Daniel Webster als Rechtfertigung für den britischen Übergriff und die Versenkung des unter amerikanischer Flagge fahrenden Schiffes *Caroline* an den Niagara-Fällen zumindest die "sofortige und überwältigende Notwendigkeit der Selbstverteidigung, die keine Wahl der Mittel und keinen Moment zur Verhandlung" lasse, forderte.<sup>63</sup>

Zentraler für die Rechtfertigung des Irakkriegs war die Berufung auf eine vorliegende Ermächtigung des Sicherheitsrats. Nur auf eine solche Ermächtigung beriefen sich die kriegführenden Staaten bei der Rechtfertigung ihres Angriffs auf den Irak gegenüber dem Sicherheitsrat.<sup>64</sup> Von entscheidender Bedeutung für diese Ar-

---

Menschenrechtsverletzungen oder Völkermord zulässt); vgl. Randelzhofer, in: B. Simma u.a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2. Aufl. 2002, Art. 2(4) Rdn. 53 ff. (der eine solche Norm ablehnt, jedoch darauf hinweist, dass gerade in den USA die Existenz einer solchen Norm vielfach bejaht wird). Vgl. jedoch T. Franck, *Recourse to Force. State Action Against Threat and Armed Attacks*, 2002, 188, der weiterhin von der Illegalität einer humanitären Intervention ausgeht, dabei jedoch im Falle der erwiesenen Legitimität eines solchen Einsatzes über das Konzept von *mitigation* zur Entschuldigbarkeit der Handlung kommt. Zu weiteren Problemen im Bereich des Gewaltverbots, insb. zum Schutz eigener Staatsangehöriger im Ausland s. Randelzhofer, in: B. Simma u.a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2. Aufl. 2002, Art. 2(4) Rdn. 39 ff.

<sup>62</sup> So erwähnt die "Authorization for Use of Military Force Against Iraq Resolution of 2002", die den US Präsidenten zum Gewalteinsatz gegen den Irak autorisiert ausdrücklich als Zweck der Autorisierung die Verteidigung der nationalen Sicherheit der USA gegen die Bedrohung durch den Irak sowie die Durchsetzung von Sicherheitsratsresolutionen, § 3 (a) Authorization for Use of Military Force Against Iraq Resolution of 2002, Publ. L. No. 107-243, 116 Stat. 1498 (2002), s. auch den Bericht von S. D. Murphy, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law, Use of Force and Arms Control, Use of Military Force to Disarm Iraq*, 97 ASIL 419, 422 (2003). Präsident Bush berief sich auch in einer Rede an die Nation auf das Recht der USA, ihre nationale Sicherheit gegen eine Bedrohung, namentlich die Weitergabe von Massenvernichtungswaffen an Terroristen, zu verteidigen. In der gleichen Rede berief er sich auf die Sicherheitsratsresolutionen 678 und 687. Zitiert bei S. D. Murphy, *Contemporary Practice of the United States Relating to International Law, Use of Force and Arms Control, Use of Military Force to Disarm Iraq*, 97 ASIL 419, 424-425 (2003).

<sup>63</sup> Mr. Webster, Sec. of State, to Lord Ashburton, British plen., Aug. 6, 1842, zitiert bei: J. B. Moore, *A Digest of International Law. Volume II*, 1906, 412.

<sup>64</sup> Letter dated 20 March 2003 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council, U.N. Doc. S/2003/351 (21.3.2003) (in dem nur noch kurz anklingt, der Angriff sei ein notwendiger Schritt zur Verteidigung der USA und der internationalen Gemeinschaft gegen die Bedrohung durch den Irak, allerdings ohne rechtliche Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht); Letter dated 20 March 2003 from the Permanent Representative of Australia to the United Nations addressed to the President of the Security Council, U.N. Doc. S/2003/352 (20.3.2003); Letter dated 20 March 2003 from the Permanent Representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the United Nations addressed to the President of the Security Council, U.N. Doc. S/2003/350 (21.3.2003). Zur Position des Vereinigten Königreichs vgl. C. Warbrick/D. McGoldrick, *Current Developments. Public International Law*, 52 ICLQ 811 (2003).

gumentation sind die Sicherheitsratsresolutionen 678<sup>65</sup> und 687.<sup>66</sup> Resolution 678 erteilte 1990 ein Mandat für die Gewaltanwendung gegen den Irak nach dessen Invasion in Kuwait. Resolution 687 erklärte 1991 einen Waffenstillstand und erlegte dem Irak unter anderem Abrüstungsverpflichtungen auf. In seiner Resolution 1441<sup>67</sup> aus dem Jahre 2002 stellte der Sicherheitsrat eine erhebliche Verletzung der Resolution 687 durch den Irak fest und gewährte dem Irak eine letzte Gelegenheit, den bis dato nicht eingehaltenen Verpflichtungen aus der Resolution 687 nachzukommen. Falsche Angaben oder Auslassungen in einem zu erstellenden Bericht über Waffenprogramme des Irak sowie mangelnde Kooperation mit den Inspektoren stellten eine Pflichtverletzung des Irak dar. Für den Fall eines weiteren Verstoßes drohte der Sicherheitsrat mit ernsthaften Konsequenzen. Die nun jüngst gegen den Irak Krieg führenden Staaten beriefen sich darauf, dass der Verstoß gegen die Verpflichtungen aus den Sicherheitsratsresolutionen 1441 und 687 die Basis für den Waffenstillstand habe entfallen lassen und somit die Ermächtigung zur Gewaltanwendung in der Resolution 678 wieder aufgelebt sei.<sup>68</sup>

In der akademischen Diskussion in Deutschland wird der Irakkrieg fast einhellig verurteilt und als Verstoß gegen das Gewaltverbot angesehen. Von besonderem Interesse für die vorliegende Analyse ist die Argumentationsweise der Rechtswissenschaftler, aber auch der von ihnen gewählte Ansatz und Aufbau. Rüdiger Wolfrum<sup>69</sup> betont zunächst die Bedeutung des Gewaltverbots und geht dann auf die Möglichkeit einer Anordnung militärischer Maßnahmen gegen den Irak durch den Sicherheitsrat ein. Er weist darauf hin, dass die Feststellung einer Friedensbedrohung durch den Sicherheitsrat schon wegen der Menschenrechtsverletzungen des Iraks, aber auch wegen seines Besitzes von Massenvernichtungswaffen möglich sei.<sup>70</sup> Wenn hiernach die Anwendung militärischer Gewalt vom Sicherheitsrat autorisiert werden sollte, hätte dies jedoch eindeutig erfolgen müssen.<sup>71</sup> Wolfrum legt dann die Resolution 1441 anhand der bisherigen Praxis des Sicherheitsrats bezüglich der Anordnung militärischer Maßnahmen aus mit dem Ergebnis, dass diese Resolution für eine Autorisierung der Gewaltanwendung gegen den Irak nicht eindeutig genug sei.<sup>72</sup> Resolution 678 sei durch die Waffenstillstandsresolution 687 außer Kraft gesetzt und der Waffenstillstand könne nur durch einen neuerlichen Sicherheitsratsbeschluss beendet werden.<sup>73</sup> Was den zweiten Rechtfertigungsgrund

<sup>65</sup> U.N. Doc. S/RES/678 (1990).

<sup>66</sup> U.N. Doc. S/RES/687 (1991).

<sup>67</sup> U.N. Doc. S/RES/1441 (2002).

<sup>68</sup> S. zu den Positionen der Staaten Anm. 64. Gänzlich anders analysiert Picone die rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Gewalt im Völkerrecht: P. Picone, *La guerra contro l'Iraq e le degenerazioni dell'unilateralismo*, Rivista di diritto internazionale 2003, 329; P. Picone, *Valori Fondamentali della Comunità Internazionale e Nazioni Unite*, La Comunità Internazionale 1995, 439; P. Picone, *Nazioni Unite e Obblighi "Erga Omnes"*, La Comunità Internazionale 1993, 709.

<sup>69</sup> R. Wolfrum, *Irak – eine Krise auch für das System der kollektiven Sicherheit*, abrufbar unter <<http://www.mpil.de/de/Wolfrum/irak.pdf>> (24.2.2003).

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> *Ibid.*

betrifft, so lässt Wolfrum eine Berufung auf das Selbstverteidigungsrecht nicht gelten. Zur Begründung legt er Art. 51 zunächst unter Berücksichtigung seiner Entstehungsgeschichte aus. Nach einem Hinweis auf die behauptete Notwendigkeit einer Selbstverteidigung vor Angriffsbeginn im Hinblick auf die Verfügbarkeit neuer Waffensysteme analysiert er die Staatenpraxis. Aus ihr, insbesondere aus dem *Caroline*-Fall und dem vom Sicherheitsrat nicht verurteilten Angriff Israels auf Ägypten im Sechs-Tage-Krieg 1967, lasse sich eine begrenzte Erweiterung der Selbstverteidigung (präventive Selbstverteidigung, *anticipatory self-defense*) unter Umständen rechtfertigen.<sup>74</sup> Allerdings zeige die einhellige Verurteilung der israelischen Bombardierung des im Bau befindlichen irakischen Atomreaktors Osirak durch den Sicherheitsrat, dass die Selbstverteidigung nicht allzu weit vor den Angriff vorverlegt werden könne (vorsorgliche Selbstverteidigung, *preemptive self-defense*).<sup>75</sup> Dieses Ergebnis stützt Wolfrum durch ein teleologisches Argument ab: Der Verzicht auf eine objektivierbare Feststellung eines Angriffs stelle das Gewaltverbot der subjektiven Einschätzung des "angegriffenen" Staates anheim, was nicht hinnehmbar sei.<sup>76</sup> Auch ein Recht zur humanitären Intervention lehnt Wolfrum unter Berufung auf die VN-Charta und die Staatenpraxis ab.<sup>77</sup> Der Beitrag verdeutlicht zunächst den systematischen, die Norm betonenden Ansatz kontinentaleuropäischer Rechtswissenschaftler: vom Grundsatz des Gewaltverbots ausgehend werden die Ausnahmen systematisch abgearbeitet. Bei der teleologischen Auslegung bezüglich vorsorglicher Selbstverteidigung wird überprüft, ob die Regel als generalisierende Norm auch für zukünftige Fälle taugt. Weiter wird dem politischen Argument für eine Rechtsänderung, nämlich die Notwendigkeit von Selbstverteidigung wegen einer veränderten Waffentechnik, *de lege lata* letztlich kaum Gewicht zugestanden.

Systematisch ähnlich behandelt Christian Schaller<sup>78</sup> das Thema. Auch er erwägt vom Gewaltverbot ausgehend zunächst eine Rechtfertigung mittels der unter Umständen wieder aufgelebten Sicherheitsratsresolution 678. Dabei legt er diese Resolution unter Berücksichtigung ihrer Entstehungsgeschichte aus.<sup>79</sup> Ebenso dogmatisch sorgfältig behandelt er die Frage der Selbstverteidigung: Zunächst lehnt er eine präventive Selbstverteidigung nach dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck des Art. 51 VN-Charta ab.<sup>80</sup> Sodann diskutiert er die Möglichkeit einer präventiven Selbstverteidigung kraft Völkergewohnheitsrechts, stellt hierzu aber fest, dass eine solche zumindest die Glaubhaftmachung erfordere, dass der Irak zum Zeit-

---

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Ibid.* Vgl. die Auslegung der relevanten Normen bei B. Simma, NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects, 10 EJIL 1 (1999).

<sup>78</sup> C. Schaller, Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg – Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht, ZaöRV 62 (2002), 641.

<sup>79</sup> *Ibid.*, 644 ff.

<sup>80</sup> *Ibid.*, 657 f.

punkt des Angriffs einsatzfähige Massenvernichtungswaffen besitze und diese in allernächster Zeit gegen die Vereinigten Staaten einzusetzen oder an Terroristen weiterzugeben beabsichtige.<sup>81</sup>

Michael Bothe<sup>82</sup> legt Art. 51 VN-Charta anhand der Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention und unter Berücksichtigung der Staatenpraxis aus. Politische Erwägungen stellt er an, ordnet sie jedoch explizit den Überlegungen *de lege ferenda* zu.<sup>83</sup>

Auch Daniel-Erasmus Khan<sup>84</sup> beginnt mit einer Auslegung des Grundsatzes des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta unter besonderer Betonung der historischen Bedeutung dieser Vorschrift. Er sucht dann nach möglichen Rechtfertigungsgründen und schätzt diese ebenfalls unter Heranziehung der einschlägigen Sicherheitsratsresolutionen ein. Was die etwaige Zulässigkeit der präventiven Selbstverteidigung betrifft, so stellt er heraus, dass eine solche schon deshalb ausscheide, weil der bloße Waffenbesitz nicht die Voraussetzungen des *Caroline*-Falls erfülle.<sup>85</sup>

Zusammenfassend lassen sich bezüglich der deutschen Autoren einige der oben erwähnten Vermutungen bestätigen: Zunächst zeigt sich bei ihnen ein normorientierter systematischer Ansatz. Den Ausgangspunkt ihrer Analyse stellt zumeist die Regel des Gewaltverbots dar. Erst dann werden die möglichen Ausnahmen des Gewaltverbots diskutiert, indem die Norm ausgelegt und dabei die Sicherheitsratsresolutionen und Staatenpraxis diskutiert wird. Rechtspolitischen Argumenten, insbesondere dem Fortschritt bei der Waffentechnik, wird *de lege lata* nur ein geringes Gewicht beigemessen, soweit sie nicht gänzlich in den Bereich *de lege ferenda* verwiesen werden. Weiter zeigt sich in den Stellungnahmen der deutschen Völkerrechtswissenschaftler ein Bemühen um eine Systembildung, da eine Auslegung gesucht wird, die auch zur Lösung weiterer Fälle taugt.

In den Vereinigten Staaten ist der Irakkrieg in der rechtswissenschaftlichen Diskussion bislang positiver beurteilt worden. Wiederum interessiert für die vorliegende Analyse der jeweilige Ausgangspunkt der Abhandlung, ihr Schwerpunkt und die Argumentationsweise. Ruth Wedgwood<sup>86</sup> wählt als Ausgangspunkt eines ihrer Beiträge den irakischen Besitz und Einsatz von Massenvernichtungswaffen sowie Iraks wiederholte Verstöße gegen die Sicherheitsratsresolution 687.<sup>87</sup> Sie betont, dass 1998 nur die amerikanische Drohung mit militärischer Gewalt die Ein-

<sup>81</sup> *Ibid.*, 658 ff.

<sup>82</sup> M. Bothe, *Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force*, 14 EJIL 227 (2003).

<sup>83</sup> *Ibid.*, 228, 232, 236 ff. Vgl. auch die Auslegung bei A. Randelzhofer, in: B. Simma u.a. (Hrsg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2. Aufl. 2002, Art. 51 Rdn. 39 f. (ebenfalls ablehnend gegenüber einer Ausdehnung des Rechts auf Selbstverteidigung).

<sup>84</sup> D.-E. Khan, *Kurzgutachten. Die individuelle (völker-)strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine völkerrechtswidrige militärische Aggression gegen den Irak*, abrufbar unter <[http://www.gcn.de/download/Khan\\_Gutachten.pdf](http://www.gcn.de/download/Khan_Gutachten.pdf)> (11.3.2003). Zu den über die Frage der Zulässigkeit eines Angriffs auf den Irak herausgehenden Thematiken des Gutachtens soll hier ausdrücklich nicht Stellung genommen werden.

<sup>85</sup> *Ibid.*

<sup>86</sup> R. Wedgwood, *The Enforcement of Security Council Resolution 687: The Threat of Force against Iraq's Weapons of Mass Destruction*, 92 AJIL 724 (1998).

haltung der Auflagen durch den Irak erzwingen konnte.<sup>88</sup> Die Frage der Rechtmäßigkeit der Durchsetzungshandlung der Vereinigten Staaten habe die schweren Völkerrechtsverletzungen durch den Irak zu Unrecht in den Hintergrund treten lassen.<sup>89</sup> In völkerrechtlicher Hinsicht beruft sich Wedgwood zunächst auf die bedingte Natur des durch die Resolution 687 erklärten Waffenstillstands.<sup>90</sup> Da eine Koalition der Willigen unter amerikanischer Führung und nicht die VN den Krieg gegen den Irak ausgefochten habe und auch die Koalition als erste einen Waffenstillstand ausgerufen habe, könne man davon ausgehen, dass die USA einen Bruch des Waffenstillstandes selbst feststellen und danach handeln durften.<sup>91</sup> Sodann weist sie darauf hin, dass die Staatenpraxis diese Ansicht bestätige. So führten Großbritannien, Frankreich und die USA im Jahre 1993 nach einer Verletzung der Waffenstillstandsbestimmungen durch den Irak Luftschläge ebenfalls ohne Sicherheitsratsbeschluss aus.<sup>92</sup> Auffällig an dieser Argumentation ist die Betonung zweier politischer Argumente, nämlich der ständigen Rechtsverletzungen durch den Irak und der angeblichen Notwendigkeit, dass sich ein Staat unilateral für die Durchsetzung des Völkerrechts, im vorliegenden Fall von Sicherheitsratsresolutionen, einsetze.

---

<sup>87</sup> *Ibid.*, 724. Einen ähnlichen Ausgangspunkt, nämlich die Betonung der Rechtsbrüche des Saddam-Regimes und nicht das Gewaltverbot wählten W. H. Taft/T. F. Buchwald, *Preemption, Iraq, and International Law*, 97 ASIL 557 (2003). Yoo beginnt seine rechtliche Analyse hingegen mit Resolution 678, ein recht normativer Ansatz. Vgl. J. Yoo, *International Law and the War in Iraq*, 97 ASIL 563 (2003). In einem späteren Beitrag beginnt Wedgwood wiederum mit der Beschreibung der Brutalität des Saddam-Regimes, sowie der wiederholten Verstöße gegen das Inspektionsregime. R. Wedgwood, *The Fall of Saddam Hussein: Security Council Mandates and Preemptive Self-Defense*, 97 AJIL 576 (2003).

<sup>88</sup> Wedgwood (Anm. 86), 725.

<sup>89</sup> *Ibid.*, 725.

<sup>90</sup> *Ibid.*, 725.

<sup>91</sup> *Ibid.*, 726. Wedgwood spricht davon, dass die Bestimmungen des Waffenstillstands *self-executing* seien. Resolution 1441 sieht sie als „unentschieden“ bezüglich der Ermächtigung zum Gewalteinsatz und insofern unbedeutend an. Wedgwood (Anm. 87) 580. Franck hingegen lehnt die Feststellung des Bruchs durch nur einen Staat ab. Er schlägt vor, in der das Inspektionsregime begründenden Resolution vorzusehen, dass bei Verstoß gegen das Regime Gewalt automatisch autorisiert sei und dort die Feststellung des Verstoßes als prozessuale Frage zu definieren. Die Feststellung müsse dann gem. 27(2) VN-Charta von dem Sicherheitsrat getroffen werden, jedoch ohne Vetomöglichkeit. Vgl. T. M. Franck, *Inspections and Their Enforcement: A Modest Proposal*, 96 AJIL 899 (2002); Taft bezieht Resolution 1441 in die Argumentation über die Ermächtigung zum Gewalteinsatz nach Resolution 678 ein, indem er eine Erlaubnis zum Gewalteinsatz nach Resolution 678 bei Feststellung eines „*material breach*“ durch den Sicherheitsrat als gesicherte Rechtsposition ansieht, einen irakischen Verstoß gegen die Berichtspflichten aus Resolution 1441 konstatiert, der von der Resolution selbst als *material breach* bezeichnet wird und hiernach nur noch eine Pflicht zur Verhandlung im Sicherheitsrat, nicht jedoch eine Pflicht zur Feststellung des Bruchs durch den Sicherheitsrat annimmt. Taft/Buchwald (Anm. 87) 560 ff. Interessant sind Yoo's Ausführungen, der zwar nicht – wie die deutschen Rechtswissenschaftler – auf die Praxis der Ermächtigung zum Gewalteinsatz, wohl aber auf die Praxis der Beendigung eingeht und darauf hinweist, der Sicherheitsrat nehme die Ermächtigung zum Gewalteinsatz nicht leichtfertig zurück. Er betrachtet Sicherheitsratsresolutionen als Rechtsetzung und Resolution 678 insofern als gültig, bis sie widerrufen wird. Insofern recurriert er weniger als andere amerikanische Autoren auf politische Argumente. Yoo (Anm. 87) 567.

<sup>92</sup> Wedgwood (Anm. 86), 727.

Auf die veränderte faktische Grundlage des Gewaltverbots weist W. Michael Reisman<sup>93</sup> hin. Reisman legt dar, dass die Änderung der Fakten und der Staatenpraxis zu einem steten Wandel des Gewohnheitsrechts führe, das geschriebene Recht eine solche Dynamik jedoch nicht aufweise und dadurch in Konflikt mit dem Gewohnheitsrecht kommen könne.<sup>94</sup> Wenn Juristen an den überkommenen Normen festhielten, übersähen sie gelegentlich, dass das Recht keinen Wert an sich darstelle, sondern nur ein Mittel zum Zweck sei, nämlich zur Minimierung von Gewalt und zur Herstellung von Ordnung.<sup>95</sup> Bei der Verankerung des Gewaltverbots in der VN-Charta im Jahre 1945 hätten sich die Gefahrenpotentiale für Staaten anders dargestellt als heute, schnelles Handeln sei damals nicht notwendig gewesen.<sup>96</sup> Angesichts der Weiterentwicklung der Waffentechnik und der Möglichkeit eines vernichtenden Erstschlags sei die Einbeziehung einer präventiven Selbstverteidigung in die Sicherheitspläne notwendig geworden, auch wenn diese von der Rechtswissenschaft formal als völkerrechtswidrig abgelehnt werde.<sup>97</sup> Während des Kalten Krieges sei die Notwendigkeit der präventiven Selbstverteidigung nicht deutlich zutage getreten. Dies liege aber nur daran, dass beide Großmächte damals auch in der Verteidigerrolle den Angreifer vernichten konnten (*mutual assured destruction*).<sup>98</sup> Das Abschreckungssystem des Kalten Krieges setze allerdings eine geringe Anzahl von Atommächten voraus. Seit dem Heranwachsen von Atommächten mit lediglich regionalen Ambitionen könne die Doktrin der sicheren gegenseitigen Zerstörung keine friedensschaffende Wirkung mehr entfalten.<sup>99</sup> Neue, andere Abwehrmechanismen müssten geschaffen werden; aus diesem Grund sei die Kündigung des ABM-Vertrags notwendig.<sup>100</sup> Seitdem auch nicht-staatliche Gruppierungen über Massenvernichtungswaffen verfügen könnten, sei das traditionelle System in Frage gestellt.<sup>101</sup> Forderungen nach einer früher ansetzenden Verteidigung würden laut, also Forderungen nach einer vorsorglichen, nicht nur präventiven Selbstverteidigung.<sup>102</sup> Dabei werde argumentiert, dass man nicht auf eine greifbare Gefahr warten könne, sondern schon bei der Bedrohung durch einen möglichen Angriff handeln müsse.<sup>103</sup> Da die Völkerrechtmäßigkeit eines jeden Aktes der

<sup>93</sup> W. M. Reisman, *Assessing Claims to Revise the Laws of War*, 97 ASIL 82 (2003). Ähnliche Hinweise finden sich bei Yoo (Anm. 87) 572 ff., der im Irakfall auch eine Rechtfertigung über Selbstverteidigung gegeben sieht, allerdings dabei nicht den Weg über Art. 51 VN-Charta einschlägt, sondern ein gewohnheitsrechtliches Selbstverteidigungsrecht annimmt, das nicht von Art. 51 VN-Charta eingeschränkt wurde. Wedgwood sieht die Notwendigkeit einer Anpassung des UN-Systems in dieser Hinsicht und beschreibt ausführlich die politischen Argumente. Wedgwood (Anm. 87) 582 ff. Gardner fordert eine Flexibilisierung der VN-Charta in der Praxis: R. N. Gardner, *Neither Bush nor the "Jurisprudes"*, 97 AJIL 585, 589 f. (2003).

<sup>94</sup> Reisman (Anm. 93), 82.

<sup>95</sup> *Ibid.*, 83.

<sup>96</sup> *Ibid.*, 83.

<sup>97</sup> *Ibid.*, 84.

<sup>98</sup> *Ibid.*, 84.

<sup>99</sup> *Ibid.*, 85.

<sup>100</sup> *Ibid.*, 86.

<sup>101</sup> *Ibid.*, 86.

<sup>102</sup> *Ibid.*, 86.

Selbstverteidigung nur im Nachhinein beurteilt werden könne, sei die Gefahr eines Mißbrauchs der vorsorglichen Selbstverteidigung bei einer fallbezogenen Beurteilung nicht größer als die Gefahr eines Mißbrauchs der präventiven Selbstverteidigung.<sup>104</sup> Wenn ein solcher Rechtfertigungsgrund generell in das Völkerrecht integriert werde, bestehe allerdings die Gefahr, dass Staaten die Selbstverteidigung immer weiter vorverlegen, künftig also mehr Gewalt entsteht.<sup>105</sup> Die Alternative zu einer solchen vorsorglichen Selbstverteidigung sei, dass der angegriffene Staat eine wesentlich höhere Opferzahl beklagen müsse.<sup>106</sup> Reisman fordert nicht, eine vorsorgliche Selbstverteidigung generell zuzulassen, sieht jedoch Raum dafür, sie im Falle des Angriffs auf den Irak zu erlauben, indem man entweder die einschlägigen Sicherheitsratsresolutionen entsprechend auslegt oder die vorsorgliche Selbstverteidigung als amerikanische Doktrin im Schnittpunkt zwischen Recht und Macht einordnet.<sup>107</sup>

Thomas M. Franck<sup>108</sup> behandelt in seiner Monographie *Recourse to Force* unter anderem ausführlich Art. 51 der VN-Charta und die Praxis des Rechts der Selbstverteidigung. Nach seiner Auslegung dieser Norm betont er ihre faktische Handhabung in der Staatenpraxis, die dogmatische Analyse der Bedeutung der untersuchten Erklärungen und Handlungen der einzelnen Staaten oder der Vereinten Nationen tritt demgegenüber in den Hintergrund. In den für den Irakkrieg relevanten Fragen der Selbstverteidigung gegen die Unterstützung des Terrorismus durch einen Staat<sup>109</sup> und der präventiven Selbstverteidigung (*anticipatory self-defense*)<sup>110</sup> glaubt Franck eine flexible Handhabung der Normen durch die Staaten beobachten zu können. Er belegt dies anhand einer ausführlichen und kenntnisreichen Analyse der für die Frage jeweils relevanten Konflikte, insbesondere der Reaktion der Völkergemeinschaft auf die jeweilige Gewaltanwendung. Dabei folgt der Darstellung des jeweiligen Konflikts und der Reaktion der Völkergemeinschaft in der Regel eine Prüfung, inwieweit der Fall eine großzügige Auslegung des Rechts auf Selbstverteidigung stützt.<sup>111</sup> Abschließend fasst er die Entwicklung der Staatenpraxis zum jeweiligen behandelten Thema zusammen und geht dabei auch auf einschlägige Resolutionen der VN-Organen sowie auf neuere Ereignisse ein. Was die Frage der Selbstverteidigung gegen die staatliche Unterstützung von Terrorismus betrifft, so folgert Franck, dass die VN-Organen ihre Entscheidungen über die Zulässigkeit auf der Grundlage einer flexiblen Abwägung der Behauptungen der Parteien bezüglich der Notwendigkeit und der Proportionalität ihres Handelns, sowie der von dem Angreifer vorgebrachten Beweise für die Unterstützung des Ter-

---

<sup>103</sup> *Ibid.*, 87.

<sup>104</sup> *Ibid.*, 88.

<sup>105</sup> *Ibid.*, 89.

<sup>106</sup> *Ibid.*, 89.

<sup>107</sup> *Ibid.*, 90.

<sup>108</sup> Franck (Anm. 61).

<sup>109</sup> *Ibid.*, 53 ff.

<sup>110</sup> *Ibid.*, 97 ff.

<sup>111</sup> Vgl. nur *ibid.*, 55-56, 59, 62-63.

rorismus durch den Angegriffenen träfen. Sie bestünden nicht darauf, dass der betreffende Angriff von einem Staat ausgehe. Die politischen Organe der Vereinten Nationen agierten dabei als eine Jury, die über die Rechtfertigung entscheide.<sup>112</sup> Bezüglich der präventiven Selbstverteidigung meint Franck, dass das Verlangen nach dem Abwarten eines Angriffes, zumal wenn dieser entscheidend sei, die Norm des Art. 51 ebenso *ad absurdum* führen würde wie wenn Staaten selbst über das Vorliegen des Kriteriums der ausreichenden Bedrohung entscheiden könnten.<sup>113</sup> Die Handhabung der präventiven Selbstverteidigung in der Praxis zeige, dass die Reaktion der Völkergemeinschaft von den Einzelheiten des Falls abhängen und eine präventive Selbstverteidigung im Einzelfall durchaus toleriert werde.<sup>114</sup> Franck konstatiert, dass eine am Wortlaut haftende Auslegung der Normen über die Gewaltanwendung zu einem Konflikt zwischen Völkerrecht und Moral führen könne. Das Völkerrecht zeige jedoch Flexibilität und Anpassungsfähigkeit. Die Staatengemeinschaft lasse formal völkerrechtswidrige, aber moralisch gerechtfertigte Handlungen stillschweigend geschehen oder übe an ihnen allenfalls verhaltene Kritik.<sup>115</sup> Um diesen Konflikt zwischen Völkerrecht und Moral rechtlich zu lösen, bestehe neben der Fortentwicklung der Norm, die eine Ausweitung der Selbstverteidigung legalisiere,<sup>116</sup> eine alternative Lösung in dem Konzept von *mitigation*. Dieses Konzept erlaube es, eine Handlung weiterhin als rechtswidrig anzusehen, sie jedoch wegen der besonderen Umstände des Einzelfalls ausnahmsweise als legitim oder gar als geboten zu betrachten und daher nicht mit Sanktionen zu belegen.<sup>117</sup> Ein solches Konzept finde von Fall zu Fall bereits Anwendung in der Praxis, um die Lücke zwischen Recht und Gerechtigkeit zu schließen.<sup>118</sup>

Auch Abraham D. Sofaer beobachtet eine flexible Beurteilung der Zulässigkeit der Gewaltanwendung durch die Staatengemeinschaft. Nach seiner Auffassung fällen Staaten das rechtliche Urteil über die Zulässigkeit der Selbstverteidigung unter

<sup>112</sup> *Ibid.*, 67.

<sup>113</sup> *Ibid.*, 98.

<sup>114</sup> *Ibid.*, 107 f.

<sup>115</sup> *Ibid.*, 184.

<sup>116</sup> *Ibid.*, 188, 191. Die Fortentwicklung der Normen über die Gewaltanwendung – allerdings mit Bezug auf die humanitäre Intervention – behandelt W. M. Reisman, *Unilateral Action and the Transformations of the World Constitutive Process: The Special Problem of Humanitarian Intervention*, 11 EJIL 2000, 3, 11 ff.

<sup>117</sup> Franck (Anm. 61), 179 ff. Wedgwood weist darauf hin, dass Legalität nicht schwarz und weiß gesehen werden dürfe, sondern eine Frage des Grades sei. Zumindest sei das Handeln im Irak nicht lautstark verurteilt worden. Wedgwood (Anm. 87), 582.

<sup>118</sup> *Ibid.*, 183-184. Vgl. hierzu aber T. M. Franck, *What Happens Now? The United Nations After Iraq*, 97 AJIL 607 (2003) mit einer harten Kritik an dem amerikanischen Vorgehen und der Feststellung, der Versuch der juristischen Rechtfertigung des Handelns der Vereinigten Staaten sei erstmalig aufgegeben und das Recht des Stärkeren zum Prinzip erhoben worden. Er lehnt eine Rechtfertigung über Selbstverteidigung (*ibid.*, 611) ebenso ab wie über Sicherheitsratsresolutionen, da die Resolutionen auf die Befreiung Kuwaits beschränkt waren (*ibid.*, 612) und zudem der Waffenstillstand nur durch den Sicherheitsrat – nicht einzelne Staaten – beendet werden konnte (*ibid.*, 612 f.). Er betont, die Berufung der Juristen sei das Beharren auf dem Recht (*ibid.*, 620).

Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nach dem Kriterium der *reasonableness*.<sup>119</sup>

Auch die amerikanische Diskussion bestätigt weitgehend die oben aufgestellten Thesen. So fällt zunächst die flexible Normanwendung ins Auge, die faktischen und politischen Argumenten mehr Raum und Bedeutung zugesteht. Die amerikanische Völkerrechtswissenschaft zeigt eine größere Bereitschaft, Argumente wie die Weiterentwicklung der Waffentechnik oder die politische Notwendigkeit des Handelns angesichts der Völkerrechtsverstöße des Iraks schon *de lege lata* zu berücksichtigen. Auch wird häufig ein anderer Aufbau gewählt, bei dem politische Erwägungen den Ausgangspunkt der Diskussion bilden. Weiter ist die dem Fallrecht verbundene Argumentation von zentraler Bedeutung. Dies betrifft einerseits die Tatsache, dass der Behandlung von maßgeblichen Präzedenzfällen zur Gewaltanwendung mehr Raum zugestanden wird als der Auslegung von Normen der VN-Charta. Andererseits werden die besonderen Umstände des zu untersuchenden Einzelfalles, also hier des Irakkriegs, herausgearbeitet und können zu einer nur auf den Einzelfall bezogenen Beurteilung führen. Die Norm wird weniger berücksichtigt und tritt zum Teil gegenüber einer beobachteten Staatenpraxis gänzlich in den Hintergrund – so etwa wenn Sofaer die *reasonableness* zum maßgeblichen Kriterium der Beurteilung der Zulässigkeit der Gewaltanwendung im Völkerrecht macht.

In der völkerrechtswissenschaftlichen Diskussion in Großbritannien wurde der Angriff auf den Irak zumeist als völkerrechtswidrig angesehen. Rabinder Singh und Charlotte Kilroy erstellten vier Gutachten zu verschiedenen Aspekten des Gewalteinsatzes gegen den Irak.<sup>120</sup> Ausgehend vom Gewaltverbot legen die beiden Autoren die in Frage stehenden Sicherheitsratsresolutionen meist eng aus und verwenden dabei wenig Raum auf eine Beschreibung der Völkerrechtsbrüche des Irak. Auch Marc Weller<sup>121</sup> behandelt zunächst das Gewaltverbot und betont dessen Bedeutung und die Notwendigkeit, nur völkerrechtskonforme Mittel gegen den Irak einzusetzen – auch wenn dieser schwere Völkerrechtsverstöße begangen habe. Nach einer Skizzierung des Inspektionsregimes und der irakischen Verletzung dieses Regimes behandelt er die Frage eines *material breach* der Waffenstillstandsresolution durch den Irak. Im Ergebnis hält er die Doktrin des *material breach* jedoch nicht für einschlägig. Instrukтив für die vorliegende Untersuchung sind auch die Aussagen von Christopher Greenwood und Ian Brownlie vor dem Select Committee on Foreign Affairs des House of Commons.<sup>122</sup> Beide Professoren leg-

---

<sup>119</sup> A. D. Sofaer, On the Necessity of Pre-emption, 14 EJIL 209, 213 f. (2003). Eine ähnliche Betonung des Einzelfalles und der Fakten des Einzelfalles unter expliziter Ablehnung der Beurteilung anhand abstrakter Konzepte findet sich bei Taft/Buchwald (Anm. 87), 557.

<sup>120</sup> Vgl. R. Singh/C. Kilroy, Opinion, 15.11.2002 / 24.1.2003 / 3.3.2003 / 6.6.2003, abrufbar unter <[http://www.publicinterestlawyers.co.uk/iraq\\_legality\\_war.htm](http://www.publicinterestlawyers.co.uk/iraq_legality_war.htm)> (2003).

<sup>121</sup> M. Weller, The Legality of the Threat or Use of Force Against Iraq, Journal of Humanitarian Assistance, <<http://www.jha.ac/articles/a031.htm>> (10.2.1998).

<sup>122</sup> House of Commons, Select Committee on Foreign Affairs, Minutes of Evidence Examination of Witnesses (Questions 84-99), Professor Christopher Greenwood and Professor Ian Brownlie,

ten dem Ausschuss ein Memorandum über ihre Position zur Zulässigkeit des Irakkriegs vor. Brownlie<sup>123</sup> schildert die vom Irak ausgehende Bedrohung für die irakische Bevölkerung, die Region und die Welt anhand von Zitaten der US-amerikanischen Botschaft, führt dann die einschlägigen Bestimmungen der VN-Charta beginnend mit dem Gewaltverbot an und lehnt aufgrund des Wortlauts der Bestimmungen die Zulässigkeit der vorsorglichen Selbstverteidigung ab. Auch Resolution 687 rechtfertige wegen ihrer Zielsetzung zum Zeitpunkt ihres Erlasses nicht eine mit einer völlig anderen Intention geführte Intervention. Greenwood<sup>124</sup> beginnt mit einer chronologischen Darstellung der Ereignisse. Er bejaht eine mögliche Rechtfertigung eines Angriffs auf den Irak durch Resolution 687 im Gegensatz zu Brownlie mit dem Argument, dass die Resolution über die Befreiung Kuwaits hinaus die Wiederherstellung des Friedens in der Region bezwecke. Auch das Recht auf präventive Selbstverteidigung sieht Greenwood als gegeben an und will bei der Bestimmung der Reichweite dieses Rechts Veränderungen der faktischen Bedrohungslagen durch die Weiterentwicklung der Waffentechnologien berücksichtigt sehen. Christine Gray<sup>125</sup> behandelte in ihrem vor dem Irakkrieg verfassten Beitrag auch Luftangriffe, die die Vereinigten Staaten und Großbritannien unter Berufung auf einen irakischen Verstoß gegen die Bedingungen des Waffenstillstands gemäß der Sicherheitsratsresolution 687 führten. Sie spricht sich jedoch gegen ein automatisches Wiederaufleben der Autorisierung zum Einsatz von Gewalt bei Bruch der Waffenstillstandsbedingungen aus. Zunächst obliege die Feststellung der Verletzung und der Konsequenzen der Verletzung der in einer Sicherheitsratsresolution aufgestellten Waffenstillstandsbedingungen dem Sicherheitsrat.<sup>126</sup> Schon der Wortlaut der Sicherheitsratsresolutionen zeige, dass diese Kompetenz nicht den einzelnen Staaten zukomme, da der Sicherheitsrat in der Regel beschliesse, mit der Angelegenheit befasst zu bleiben und alle weiteren erforderlichen Schritte für die Gewährleistung des Friedens zu unternehmen.<sup>127</sup> Auch die Staaten hätten in ihren Äußerungen dem Sicherheitsrat das Recht zum Handeln vorbehalten.<sup>128</sup> Die gegenteilige Ansicht, nach der einzelne Staaten selbst die Konsequenzen des Bruchs der Waffenstillstandsbedingungen in Sicherheitsratsresolutionen festlegen können, erschwere es dem Sicherheitsrat, in Zukunft den Bruch einer Resolution festzustellen, wenn einige Staaten als Folge dieser Feststellung mit einem sofortigen, einseitigen Gewalteinsatz rechneten.<sup>129</sup>

---

24.10.2002, abrufbar unter <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200203/cmselect/cmcaff/196/2102408.htm>> (24.10.2002).

<sup>123</sup> I. Brownlie, Iraq and Weapons of Mass Destruction and the Policy of Pre-Emptive Action, Oktober 2002, <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200203/cmselect/cmcaff/196/2102407.htm>> (Oktober 2002).

<sup>124</sup> C. Greenwood, The Legality of Using Force Against Iraq, 24.10.2002, <<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200203/cmselect/cmcaff/196/2102406.htm>> (24.10.2002).

<sup>125</sup> C. Gray, From Unity to Polarization: International Law and the Use of Force against Iraq, 13 EJIL 1 (2002).

<sup>126</sup> *Ibid.*, 12-13.

<sup>127</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>128</sup> *Ibid.*, 13.

Die britische völkerrechtswissenschaftliche Diskussion gesteht, ähnlich der in Deutschland geführten Diskussion, der Norm und ihrer Auslegung, aber auch der Auslegung der Sicherheitsratsresolutionen den maßgeblichen Stellenwert zu. Die Bedeutung von Wortlautargumenten zeigt sich bei Gray, die der Bekundung des Sicherheitsrats in seinen Resolutionen, mit der Sache befasst bleiben zu wollen, einen wichtigen Stellenwert bei der Auslegung zuweist. Die Staatenpraxis, die in der US-amerikanischen Diskussion zur Rechtfertigung einer flexiblen Auslegung des Gewaltverbots herangezogen wird, tritt dagegen etwas mehr in den Hintergrund. Mit Greenwood findet sich jedoch auch ein prominenter Vertreter einer flexibleren Auslegung, der – ähnlich dem in den Vereinigten Staaten verbreiteten Argumentationsschema – das Argument der Weiterentwicklung der Waffentechnologie als entscheidend ansieht.

## VI. Ergebnis

Die vorliegende Untersuchung zeigt, dass Unterschiede zwischen den Rechtskulturen in der völkerrechtswissenschaftlichen Diskussion um den Irakkrieg eine bedeutende Rolle spielen. Der Gedanke, dass diese Unterschiede auch über juristische Fachkreise hinaus wirken, soll hier nicht weiter verfolgt werden, liegt jedoch nahe. So genoss eine große Zahl von Politikern selbst eine juristische Ausbildung und wurde durch sie intellektuell geprägt. Viele Politiker werden zudem umfassend juristisch beraten. Schließlich haben die Massenmedien in allen beteiligten Ländern die völkerrechtliche Zulässigkeit des Angriffs auf den Irak in zahlreichen Beiträgen zum Gegenstand der Berichterstattung gemacht.<sup>130</sup>

Zu beobachten ist, dass die US-amerikanische Völkerrechtswissenschaft bei der Begründung des Irakkriegs eher bereit ist, als solche wahrgenommene politische Notwendigkeiten in ihre völkerrechtliche Bewertung *de lege lata* einzubeziehen. Wiederkehrende Topoi sind in diesem Zusammenhang die Durchsetzungsschwäche des Völkerrechts, der durch konsequentes Handeln einzelner Staaten abgeholfen werden soll, die Bedrohung durch die Proliferation von Massenvernichtungswaffen und die Weiterentwicklung der Waffentechnik. Die Autoren scheuen dabei vor einer explizit kritischen Behandlung der geschriebenen Norm des Gewaltverbots nicht zurück, sei es, dass sie ihre Geltungskraft aufgrund geänderter politischer

<sup>129</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>130</sup> So in Deutschland z.B. Matthias Rüb, Juristischer Streit über Irak-Resolutionen, F.A.Z., 18.3.2003; Völkerrechtler gegen Krieg, F.A.Z., 15.3.2003; Reinhard Müller, Teilnahme an einem Angriffskrieg?, F.A.Z., 20.3.2003; in den USA z.B. Felicity Barringer, Critics Say U.S. Lacks Legal Basis for Attack, N.Y.T., 20.3.2003; Kevin Drew, Cases For and Against War, CNN, 17.3.2003, abrufbar unter: <<http://www.cnn.com/2003/LAW/03/17/war.legal.case/index.html>> (17.3.2003); in Großbritannien z.B. Keir Starmer, Sorry, Mr Blair, but 1441 Does Not Authorise Force, The Guardian, 17.3.2003; War and Law: Attorney General Statement, Times, 17.3.2003; letter by Sir Franklin Berman and Sir Arthur Watts, Times, 19.3.2003. Die britische Diskussion gewann durch den Rücktritt einer stellvertretenden Rechtsberaterin des Außenministers, Elizabeth Wilmhurst, an Brisanz: Ewen Mac Askill, Adviser Quits Foreign Office Over Legality of War, Guardian, 22.3.2003.

Umstände – insbesondere der Weiterentwicklung der Waffentechnik – als gemindert ansehen, sei es, dass sie den zu beurteilenden Einzelfall – den Irak und dessen Fehlverhalten – betonen. Diese Sicht- und Argumentationsweise amerikanischer Rechtswissenschaftler erklärt sich primär weniger durch divergierende machtpolitische Ansichten als vielmehr aus der spezifischen amerikanischen Rechtskultur, die aufgrund anderer rechtstheoretischer Ansätze und einer andersartigen Ausbildung in stärkerem Maße als die europäische Rechtskultur zur Kritik an Normen und gegebenenfalls auch zu deren Ablehnung neigt, gerichtlich durchsetzbare Urteile stärker betont als Normen, die Objektivierbarkeit in der Rechtsanwendung in geringerem Maße für möglich hält und daher gelegentlich gezielt und bewusst die Förderung von Werten – insbesondere die Förderung der Demokratie – in den Vordergrund der Betrachtung stellt.

Europäische Völkerrechtler neigen demgegenüber dazu, den Einfluss politischer Opportunitätserwägungen zurückzudrängen und solche Erwägungen allenfalls *de lege ferenda* anzustellen. Zwar werden die Veränderungen der politischen Realitäten durchaus wahrgenommen, der Wert und Inhalt der Norm werden jedoch häufig höher eingestuft. Auch diese Haltung ist im Gesamtzusammenhang der europäischen Rechtskultur zu sehen, die, vor allem in Kontinentaleuropa, den Wert der Norm und der Rechtssicherheit deutlich stärker betont als die Rechtskultur der Vereinigten Staaten.

Gewiss darf der hier konstatierte Befund nicht verabsolutiert werden: Auch im anglo-amerikanischen Raum ist eine intensive, dogmatisch bestimmte Normauslegung anzutreffen. Umgekehrt finden sich auch im kontinentaleuropäischen Raum Juristen, die zu Normkritik und flexibler Auslegung neigen. Schließlich soll auch nicht verkannt werden, dass in der Debatte über den Irakkonflikt neben den Unterschieden in der Rechtskultur eine Reihe von politischen Differenzen sowie unterschiedliche historische Erfahrungen eine große Rolle gespielt haben. Sich die Unterschiede der Rechtskulturen zu vergegenwärtigen hilft jedoch, Gemeinsamkeiten und potentielle Konfliktfelder im transatlantischen Dialog zu identifizieren. Als europäischer Jurist wird man dazu neigen, eines dieser Konfliktfelder in der zunehmenden und über das europäische Verständnis einer teleologischen Auslegung hinausgehenden Vermengung des politisch Gewollten mit dem normativ Ableitbaren in den US-amerikanischen Juristenkreisen zu sehen. Eine solche Vermengung bietet zwar Vorteile bei der Analyse des Verhaltens von Staaten, jedoch gravierendere Nachteile bei der Normanalyse. Fließen die politischen Sicherheitsinteressen der (liberalen demokratischen) Staaten weitgehend in die rechtliche Bewertung mit ein, so kann das daraus resultierende Völker“recht“ zwar in der Regel das Verhalten dieser Staaten zutreffend erklären. Dem Recht kommt dann aber keine nennenswerte Lenkungs- und Ordnungsfunktion mehr zu. Letztlich ausschlaggebend ist bei einer solchen Betrachtungsweise oftmals das Interesse der beteiligten Staaten. Beschränkt man hingegen den Einfluss politischer Zielvorstellungen auf die juristische Argumentation,<sup>131</sup> werden häufiger Völkerrechtsverletzungen zu konstatieren sein, da Staaten bei manchen Anlässen mehr ihren politischen Zielvorstellungen als den divergierenden völkerrechtlichen Geboten gemäß handeln. Nur so kann dem

Völkerrecht jedoch die ihm zugeordnete Ordnungsfunktion zukommen. Aufgabe des Völkerrechtlers als Berater der Verantwortung tragenden Politiker ist und bleibt es, auf die maßgeblichen Regeln der Völkerrechtsordnung hinzuweisen und klar darzulegen, was diese vorschreiben.<sup>132</sup> Allerdings wird sein Rat wohl auch in Zukunft in manchen Fällen ungehört verhallen und die Politik anderen Maximen folgen.

## Summary<sup>133</sup>

### The Legality of the Iraq War in the Light of Transatlantic Differences in Legal Culture

“It is time to stop pretending that Europeans and Americans share a common view of the world”, wrote Robert Kagan in his book “Of Paradise and Power”. The debate about why transatlantic differences in security matters abound is determined by two contradictory paradigms: To some, the United States is the powerful hegemon furthering its interests at all cost and in violation of international law. To others it is the benevolent giant that, in a hobbesian world, has to act outside of the law to maintain world order.

A more helpful analysis, however, avoids those paradigms and argues from the premise that the United States generally perceives itself as upholding international law, whereas Europeans in the case of the Iraq war regarded the United States’ action as illegal. The article argues that an important cause for these different positions are differences in the legal culture of the partners.

While it is tempting to think that it is the difference between the civil law focus on norms and a systematic order and the common law focus on precedence and justice in the case at hand that is reflected in the debate about the legality of the Iraq war this difference only serves as a backdrop for other, more decisive developments. One of these is the divergence of teaching methods employed. In continental European classrooms the norm and its interpretation are at the core of the teaching agenda, criticism is targeted at a court’s interpretation of the norm, not at the norm itself. Students acquire some trust in the abstract rule and believe that it regulates a number of cases with certainty. In the United States even statutory law is taught with the case-method. Commonly professors will ask students to summarize a case and extract a legal principle. They then test the principle with different hypos until the student has to concede its deficiency and extracts a new principle – only to be submitted to the same routine (Socratic Method). Students leave the classroom with the faith that most questions can come out either way depending on the argument made, with a certain distrust in general rules and often also with skepticism whether norms can exist without an enforcement mechanism. Said tendencies are discernable in the debate about the legality of the Iraq war: U.S.-trained scholars tend to criticize norms more easily and are more inclined to put their legally binding character into doubt. Continental European scholars emphasize the value of

---

<sup>131</sup> Diese Aussage steht bewusst im Widerspruch zu der durch den *legal realism* geprägten Skepsis bezüglich der theoretischen Möglichkeit einer genuin juristischen Argumentation.

<sup>132</sup> Wie hier Franck (Anm. 118), 620.

<sup>133</sup> Summary by the author.

legal security and of the norm, trying to abide by the result of their interpretation of the norm.

Yet more essential to the debate are the American schools of jurisprudence that have gained a wide following in the United States. The end of the 19th Century, when Justice Oliver Wendell Holmes doubted the primacy of logic in law and emphasized pragmatism instead, saw a departure of American legal theory from its European counterpart. Holmes saw law as nothing but what the courts say it is. He considered that courts are more often motivated by sociological rather than legal arguments and asked judges to be more explicit about this. From there Roscoe Pound developed the school of sociological jurisprudence, focusing on social reality rather than abstract legal rules. Legal Realism, popular in the United States between the two World Wars, expressed general skepticism with abstract rules, but also with the objectivity of fact-finding. Law according to this school is not a description of what judges should do, but rather a description of what they actually do. The real reasons for the decision can be found in the social context, preferences of the judge, and other factors. The task of judges in the future should be to stop engaging in the myth of a pure application of the law. Influenced by World War II Myers McDougal stated that legal education has to be a political education, an education for policy-making, embracing and teaching democratic values. As the indispensable advisor lawyers themselves have to advance those values. Even though the school of legal realism ended with WWII, it has gained an enormous influence in the United States to this very day. Its influence outside of the United States remains limited, also in Great Britain where H.L.A. Hart explicitly rejected the school's rule-skepticism. In the United States, however, interdisciplinary influences in law proliferated, with both political and sociological thought featuring prominently. Most important of all became law and economics, promoting the evaluation but also the interpretation of legal rules to advance economic efficiency. Another widely-known school is the Critical Legal Studies movement according to which law and politics cannot be separated. In the international law arena realists like Hans Morgenthau doubted whether international law plays a role in guiding the behavior of states where the law is against the interests of the state or tries to constrain its power, the beginnings of International Relations Theory. Today some American scholars use International Relations Theory in the study of international law. Thus Anne-Marie Slaughter embraced the observation that liberal democracies behave differently from other states, namely that liberal democracies do not go to war against each other. In the long run this empirical result might lead to a different treatment of such states under international law. With due care to the fact that trans-Atlantic exchange has become commonplace it is nevertheless only fair to assume that differences in argumentation result from these different influences. American scholars will be more skeptical of norms, especially outside of a court system, more inclined to use political arguments – maybe even recognize a primacy of politics, and more hesitant of regarding international legal rules as fixed. Europeans can be expected to argue more closely with norms and use deductive reasoning.

The conclusions from these abstract considerations hold up well in an analysis of the first notable publications about the legality of the Iraq war and some earlier but exceptionally influential works of American, British and German scholars. American scholars are more willing to include political considerations in their evaluation *de lege lata*: the lack of enforcement mechanisms of public international law that allegedly requires a strong stance by single states, the threat of proliferation of weapons of mass destruction, the advances in weapons technol-

ogy, the nature of Saddam Hussein's regime. They tend to be more ready to criticize the abstract norm of the prohibition of the use of force in the U.N. Charter. Europeans prefer to consider the political arguments *de lege ferenda*, upholding the value of the norm.

While the transatlantic differences exposed by the Iraq war can certainly not be reduced to differences in legal culture alone, those differences do play an important role in the debate and their recognition will facilitate the communication between the partners by enabling to identify both the common ground and the differences in the positions. One of these differences is the increasing fusion between law and politics in the United States that goes beyond a teleological interpretation. To the European eye such a fusion threatens to render international law irrelevant: If political interests are fully integrated into law the resulting international "law" might be a perfect tool for the empirical study of the behavior of states, but it will no longer be able to guide their behavior and establish a legal order. The latter is only possible if the influence of politics on law is restrained. The task of the attorneys specialized in international law remains to council politicians about the international legal order – not about politics. Sadly in the future as in the past their call will at times go unheard.

